ITALY

30 23

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

COLLANA FILANGIERI
DI SCIENZE POLITICHE E GIURIDICHE

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PER

F. LAURENT
Professore dell'Università di Gand

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

SECONDA EDIZIONE DILIGENTEMENTE RIVEDUTA E MIGLIORATA

CON RAFFRONTI ED APPENDICI

CONCERNENTI LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

VOLUME XXIV

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Disciplini, 15

1900

INDICE DELLE MATERIE

TITOLO VII.

(Titolo IV del Codice Civile).

Della vendita.

CAPO I. — DELLA NATURA DELLA VENDITA.

SEZIONE I. — *Nozioni generali.*

SEZIONE II. — *Delle condizioni richieste per l'esistenza e per la validità della vendita.*

§ I. — *Il consenso.*

N. 1. — *Della promessa unilaterale di vendita.*

I. — *La promessa unilaterale è obbligatoria?*

N. 1. — *Della vendita tra coniugi.*

I. — *Prima eccezione.*

II. — *Seconda eccezione.*

III. — *Terza eccezione.*

IV. — *Effetto della vendita tra coniugi.*

N. 2. — *Degli amministratori e mandatari.*

I. — *Articolo 1596.*

II. — *Articolo 450.*

N. 3. — *Dei magistrati, avvocati ed ufficiali ministeriali.*

§ III. — *Del prezzo.*

N. 1. — *Il prezzo deve consistere in denaro.*

N. 2. — *Il prezzo dev'essere certo e determinato dalle parti.*

N. 3. — *Il prezzo deve essere serio.*

N. IV. — *Dell'oggetto.*

N. 1. — *Principio.*

N. 2. — *Quali cose possono essere vendute.*

N. 3. — *Della vendita della cosa altrui.*

I. — *Che cosa è la vendita della cosa altrui?*

II. — *Quando havvi vendita della cosa altrui?*

§ V. — *Della forma.*

SEZIONE III. — *Degli effetti della vendita.*

§ I. — *Dei rischi e del trasferimento della vendita.*

§ II. — *Della vendita a peso, a numero od a misura.*

§ III. — *Della vendita di cose che si usa assaggiare.*

§ IV. — *Della vendita col patto di precedente assaggio.*

SEZIONE IV. — *Della dazione in pagamento.*

CAPO II. — DELLE OBBLIGAZIONI DEL VENDITORE.

SEZIONE I. — *Nozioni generali.*

SEZIONE II. — *Della consegna.*

§ I. — *Come si fa la consegna?*

N. 1. — *Consegna degli immobili.*

N. 2. — *Consegna dei mobili.*

N. 3. — *Tradizione delle cose incorporali.*

§ II. — *Dei principii che governano la tradizione.*

N. 1. — *Dove e quando deve aver luogo la tradizione.*

N. 2. — *In quale stato deve essere consegnata la cosa?*

SEZIONE III. — *Della garanzia.*

Art. 1. — *Della garanzia in caso d'evizione.*

§ I. — *Oggetto e natura della garanzia.*

§ II. — *Dell'evizione.*

N. 1. — *Quando havvi evizione?*

N. 2. — *Chi è obbligato alla garanzia?*

N. 3. — *Chi ha l'azione di garanzia?*

N. 4. — *Come si esercita la garanzia?*

N. 5. — *Della evizione totale.*

I. — *Restituzione del prezzo.*

N. 7. — *Quando cessa l'obbligazione di garanzia?*

§ III. — *Della garanzia delle servitù.*

N. 1. — *Il principio.*

N. 2. — *Conseguenze della garanzia.*

Art. II. — *Della garanzia pei difetti della cosa venduta.*

§ I. — *Quando ha luogo questa garanzia?*

N. 1. — *Nozioni generali.*

N. 2. — *Di quali vizii risponde il venditore?*

§ II. — *Degli effetti della garanzia.*

§ III. — *Dell'azione di garantia.*

§ IV. — *Quando cessa la garanzia?*

CAPO III. — Delle obbligazioni del compratore.

§ I. — *Della obbligazione di ricevere la consegna della cosa.*

§ II. — *Del pagamento del prezzo.*

§ III. — *Del diritto di sospendere il pagamento del prezzo.*

§ IV. — *Degli interessi del prezzo.*

§ V. — *Dell'azione di risoluzione.*

N. 1. — *Quando havvi luogo all'azione di risoluzione per mancato pagamento del prezzo?*

N. 2. — *Del patto commissorio.*

I. — *Che intendesi per patto commissorio? Delle diverse specie di patti commissorii.*

§ II. — *Della risoluzione della vendita.*

Sezione II. — *Della facoltà di riscatto.*

§ I. — *Carattere del riscatto.*

§ II. — *Dell'effetto del patto di riscatto mentre la condizione è pendente.*

N. 1. — *Diritti del compratore.*

N. 2. — *Diritti del venditore.*

§ II. — *Quando vi ha lesione?*

§ III. — *Dell'azione di rescissione.*

§ IV. — *Diritti ed obblighi del compratore e del venditore.*

§ V. — *Diritti ed obblighi dei terzi possessori.*

CAPO V. — DELLA LICITAZIONE.

CAPO VI. — DELLA TRASMISSIONE DEI CREDITI ED ALTRI DIRITTI.

Art. 1. - *Della trasmissione dei diritti.*

SEZIONE I. — *Che cosa è la cessione? Quali diritti possono essere ceduti?*

Sezione II. — *Come si trasmette la proprietà dei diritti.*

§ I. — *Fra le parti.*

§ II. — *Rispetto ai terzi.*

N. 1. — *Regola generale.*

N. 2. — *Della trasmissione dei crediti rispetto ai terzi.*

I. — *Il principio.*

1. — *Della notificazione.*

2. — *Dell'accettazione.*

3. — *Quando le formalità dell'articolo 1690 debbono essere adempiute?*

4. — *A quali atti si applica l'art. 1690?*

II. — *Conseguenze del principio.*

III. — *Conseguenze della inosservanza delle formalità prescritte dall'art. 1690.*

1. — *Riguardo al debitore.*

2. — *In quanto ai cessionari.*

3. — *In quanto ai creditori.*

IV. — *Diritti delle parti interessate prima della notificazione o dell'accettazione.*

1. — *Del cessionario.*

2. — *Del cedente.*

V. — *Della notificazione del trasferimento in caso di sequestro.*

Sezione III. — *Effetto della cessione.*

§ I. — *Nozioni generali.*

§ II. — *Dei diritti del cessionario di un credito.*

§ II. — *Della garanzia di fatto.*

N. 1. — *Quando havvi luogo alla garanzia di fatto.*

N. 2. — *Effetto della garanzia di fatto.*

§ III. — *Prescrizione dell'azione in garanzia.*

Art. 2. — *Della vendita di un'eredità.*

§ I. — *Nozioni generali.*

§ II. — *Degli obblighi del venditore.*

§ III. — *Degli obblighi del compratore.*

Art. 3. — *Della cessione di diritti litigiosi.*

§ I. — *Quando v'ha luogo al retratto.*

§ II. — *Quando il diritto di retratto deve e può essere esercitato? Quali sono gli obblighi del retrattante?*

§ III. — *Degli effetti del retratto*

§ IV. — *Delle eccezioni.*

TITOLO VIII.

(Titolo VII del codice civile).

Della permuta.

§ I. — *Analogia e differenze fra la vendita e la permuta.*

§ II. — *Della permuta della cosa altrui e dell'evizione.*

N. 1. — *Permuta della cosa altrui.*

N. 2. — *Diritti del compermutante in caso di evizione.*

APPENDICE.

TITOLO VII.

(Titolo IV del Cod. civ.).

Della vendita (1).

CAPO I.

Della natura della vendita.

Sezione I. — Nozioni generali.

1. L'art. 1582 definisce la vendita come segue: « Una convenzione per cui uno si obbliga a dare una cosa, e l'altro a pagarla ». È la definizione di Pothier, ma Pothier, come sempre, è più esatto e più completo se anche riesce più lungo. Egli non dice che il venditore si obbliga soltanto a consegnare, ma precisa l'obbligazione dicendo che si assume verso il compratore di fargli avere la cosa liberamente, a titolo di proprietà, e determina anche l'obbligazione del compratore, che non è di pagare, ma di dare una determinata somma di denaro.

Che cosa intende Pothier con le parole: « Di fargli avere la cosa liberamente a titolo di proprietà? » Significa ciò che il venditore sia tenuto a trasferire nel compratore la proprietà della cosa che forma oggetto del contratto? No. Pothier ha cura di aggiungere questa spiegazione che il venditore s'obbliga di consegnare la cosa al compratore e di difenderlo da ogni molestia con cui gli s'impedisca di possedere come proprietario: « È appunto dell'essenza del contratto di vendita che il venditore non voglia ritenere il diritto di proprietà della cosa che vende quando ne è proprietario, e che sia tenuto, in questo caso, a trasferirla nel compratore. Ma quando il venditore non è proprietario, egli non s'obbliga a tra-

(1) Fonti: Pothier, *Trattato del contratto di vendita*. Troplong, *Della vendita* 2 vol., 1844. Duvergier, *Della vendita*, 2 vol., 1835.

sferire la proprietà della cosa. Egli è tenuto soltanto a difendere il compratore contro tutti coloro che volessero fargli rilasciare la cosa ed impedirgli di essere considerato proprietario » (1).

2. La definizione di Pothier è quella dei giureconsulti romani, e, a primo aspetto, si potrebbe credere che gli autori del codice non abbiano fatto che riprodurla. Infatti, l'art. 1582 non impone al venditore altra obbligazione che quella di consegnare la cosa venduta, e l'art. 1603 dice, che il venditore ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e quella di garantire la cosa che vende. Sono, apparentemente, le idee romane, quali vennero formulate da Pothier. Però il codice ha su questo punto innovato, e l'innovazione è considerevole. Invece di dire che il venditore s'obbliga a *consegnare* la cosa, bisogna dire ch'egli è tenuto a trasferirne la proprietà. Ciò risulta da un testo formale, dall'art. 1599, a termini del quale la vendita della cosa altrui è nulla (2). Nell'antico diritto, la vendita della cosa altrui era valida. Perchè era valida, e perchè il codice la dichiara nulla? Pothier dice che si può validamente vendere la cosa altrui, sebbene il venditore non abbia diritto di trasferire la proprietà della cosa che non gli appartiene. La ragione sta in ciò, a suo credere, che il contratto di vendita non consiste nel trasferimento della proprietà della cosa venduta, bastando che egli la faccia avere al compratore (3). Dal momento che il codice dichiara nulla la vendita della cosa altrui, bisogna che l'obbligazione del venditore non si limiti più a far avere la cosa al compratore, ma essa deve invece consistere nel trasferirgliene la proprietà. È così che Grenier, l'oratore del Tribunato, spiega l'art. 1599: « Secondo il diritto romano, il venditore e il compratore potevano rispettivamente vendere e comperare la cosa che avessero saputo non appartenere al venditore. Questa legislazione è parsa contraria al vero principio della vendita. *Suo unico scopo deve essere il trasferimento della proprietà.* Ora, la vendita d'una cosa che non appartiene al venditore non può essere il germe d'una trasmissione di proprietà. È dunque parso più conforme alla natura delle cose annullare l'obbligazione come vendita » (4). Ecco l'innovazione chiaramente spiegata ed è scritta nel testo del codice.

Gli autori del codice hanno trascurato di cambiare l'antica definizione della vendita, mentre modificavano i vecchi principii, ma il loro concetto non potrebbe essere dubbio. Abbiamo udito l'oratore del Tribunato. Il relatore del Tribunato s'esprime nello stesso senso. « La legge romana, dice Faure, permetteva

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 1.

(2) TROPLONG cita anche altri testi (art. 1583, 1662, 1604, 1653), ma essi non dicono quello che l'autore fa dire loro.

(3) POTHIER, *Della vendita*, n. 7.

(4) GRENIER, *Discorsi*, n. 15 (LOCRÉ, t. VII, p. 109).

di vendere la cosa di cui non si fosse proprietarii. Il motivo della nuova legge (art. 1599) è che non si deve aver diritto di alienare una cosa quando non si ha quello di trasmetterne la proprietà. *La trasmissione della proprietà è l'oggetto della vendita* » (1).

3. I due contrarii principii del diritto romano e del diritto francese hanno conseguenze ben diverse. Nell'antico diritto, il compratore non poteva domandare la nullità della vendita, quand'anche scoprisse che il venditore non era proprietario della cosa che gli aveva venduta. Pothier ne dà la ragione. Il venditore non si era obbligato a trasferire la proprietà della cosa, e il compratore non poteva quindi pretendere che la vendita fosse nulla. Egli non aveva alcuna azione finchè non veniva disturbato nel suo possesso (2).

Non è più così sotto l'impero del nuovo diritto. La vendita della cosa altrui essendo nulla, il compratore ha diritto di domandarne la nullità, quand'anche non fosse molestato. Ritorneremo sul diritto che il compratore della cosa altrui ha di domandare la nullità spiegando l'art. 1599. Si oppone un testo del codice che sembra dire il contrario. A termini dell'art. 1653, il compratore che è *molestato* o ha giusto motivo per temere di esserlo con una azione vendicatoria può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, quando questi non prescelga di dar cauzione. Se il compratore ha soltanto il diritto di sospendere il pagamento del prezzo, non se ne deve conchiudere ch'egli non può domandare la nullità? Ciò equivarrebbe a dire che la vendita della cosa altrui, sebbene vietata, è valida, il che è assurdo. L'articolo 1563 è estraneo all'ipotesi dell'art. 1599. Esso suppone una molestia o il timore d'una molestia. Ora, può esservi benissimo un'azione rivendicatoria senza che il venditore abbia venduto la cosa altrui, perchè l'azione può essere infondata. D'altra parte, per domandare la nullità, bisogna provare il fondamento della domanda, ossia che il venditore non è proprietario della cosa venduta. Se il compratore può dare questa prova, ha diritto di domandare la nullità, quand'anche non fosse molestato. È il caso dell'art. 1599 (3).

Le diverse conseguenze alle quali conducono i due principii sono la giustificazione dell'innovazione che il codice ha portato all'antico diritto. Grozio aveva già opposto il diritto naturale alle sottigliezze romane (4). Era quanto dire che i giureconsulti si trovavano al di fuori della vita reale. Infatti, chi acquista intende ac-

(1) FAURE, *Relazione al Tribunato*, n. 18 (LOCRÉ, t. VII, p. 91). È l'opinione di tutti gli autori, salvo il dissenso di TOULLIER, che è rimasto isolato (t. VII, 2, p. 161, n. 241).

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 1.

(3) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 189, n. 454.

(4) GROTIUS, *De jure belli*, II, 12, 15.

quistare un diritto certo sulla cosa, un diritto perpetuo che gli permetta d'usare della cosa, di trasformarla come crede. Egli intende divenire proprietario. Se non lo diviene, perchè il venditore non aveva la proprietà della cosa, deve avere il diritto di domandare la nullità della vendita, perchè il contratto non raggiunge lo scopo ch'egli aveva in vista. L'interesse generale concorda con quello del compratore. Nessuno si attacca ad una cosa, nessuno la migliora se non quando è sicuro di conservarla. È il principio di ogni attività e la fonte di ogni progresso. Queste nuove idee, fondate sul buon senso e sull'intenzione delle parti contraenti, s'erano già fatte strada nell'antico diritto. Pothier cita un dottissimo commento di Caillet, professore a Poitiers sul principio del secolo XVII. L'autore sosteneva che il principio dei giureconsulti romani secondo cui « non si ritiene che il venditore s'obblighi precisamente a trasferire nel compratore la proprietà della cosa venduta », è un principio puramente arbitrario, che non è tolto dalla natura, e che non deve essere seguito dalla pratica francese (1). Pothier muove al giureconsulto francese una strana obbiezione, che, cioè, egli non citasse nessuno in appoggio della sua opinione, Egli si appoggiava al diritto naturale che Pothier oppone così di sovente alle sottigliezze giuridiche, ed è precisamente nella materia dei contratti che bisogna ascoltare la voce della natura piuttosto che le astrazioni della scienza. Gli autori del codice hanno avuto ragione di preferire il diritto naturale alla scienza romana.

4. Se ne deve conchiudere che il trasferimento della proprietà è dell'essenza della vendita? No, la legge non lo dice, e non risulta dai principii. Gli oratori del Tribunato invocano il diritto naturale, vale a dire la volontà delle parti contraenti. Ora, le parti hanno il diritto di manifestare una volontà contraria. Nulla impedisce loro di consentire una vendita, secondo il concetto romano, come diremo spiegando l'art. 1599 (2). A maggior ragione, le parti possono stipulare che la proprietà non sarà trasferita che quando il compratore avrà pagato il prezzo. La vendita avrà sempre per oggetto di trasferire la proprietà, ma il trasferimento sarà condizionale, di modo che il venditore resterà proprietario finchè la condizione non sia adempiuta, vale a dire finchè il prezzo non sia stato pagato (3).

5. Pothier dice che tre sono gli elementi necessarii al contratto di vendita: una cosa che ne forma l'oggetto, un prezzo convenuto e il consenso dei contraenti. Il consenso e l'oggetto sono ri-

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 48. Il trattato di COILLET si trova nel *Thesaurus* di MEERMANN, t. II.

(2) Cfr. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 3, n. 2 *bis* II.

(3) Liegi, 3 gennaio 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 48). Rigetto della Corte di cassazione del Belgio, 26 luglio 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 1, 452).

chiesti in ogni contratto come condizioni essenziali, senza le quali non vi ha contratto. Secondo la teoria del codice, bisogna aggiungere la causa. Anche il prezzo è dell'essenza della vendita, perchè costituisce la causa dell'obbligazione contratta dal venditore. Non si comprende dunque vendita senza prezzo. Sarebbe un contratto senza causa. Ecco le sole condizioni necessarie per l'esistenza della vendita. La solennità non è prescritta, poichè la vendita è un contratto non solenne. Quanto alla capacità, essa è richiesta soltanto per la validità della vendita.

La distinzione tra le condizioni necessarie per l'esistenza dei contratti e le condizioni richieste per la loro validità si applica anche alla vendita. Noi l'abbiamo esposta altrove. Qui ci limitiamo ad applicarla. Gli è lo stesso dei principii generali che reggono le obbligazioni convenzionali. Essi sono applicabili alla vendita. Non vi ritorneremo se non quando l'applicazione presenti difficoltà particolari alle regole della vendita. Questo ci permette di proseguire più rapidamente, pur restando fedeli al piano generale del nostro lavoro.

Sezione II. — Delle condizioni richieste per l'esistenza e per la validità della vendita.

§ I. — *Il consenso.*

6. Pothier dice che il consenso onde trae vita il contratto di vendita deve intervenire tanto sulla cosa che forma l'oggetto del contratto, quanto sul prezzo come sulla vendita medesima.

Il consenso deve intervenire sulla cosa che forma l'oggetto del contratto. Non vi è dunque contratto di vendita se l'uno vuol vendere una cosa e l'altro intenda di comperarne un'altra. È l'applicazione della dottrina dell'inesistenza dei contratti. *Non vi ha vendita,* dice Pothier, dunque non esiste, è il nulla. Per qual motivo? Perchè manca il consenso.

Il consenso deve intervenire sul prezzo. Se l'uno intende vendere per una somma maggiore di quella per la quale l'altro consente di comperare, *non vi ha contratto di vendita,* per mancanza di consenso. È un contratto inesistente, è il nulla.

Il consenso deve intervenire sulla vendita stessa. Se l'uno vuol vendere e l'altro intende prendere in affitto, non vi ha nè vendita nè locazione, mancando il consenso. Il contratto è sempre inesistente. Pothier non dice che il contratto è nullo, ma sibbene che non vi ha contratto, il che è totalmente diverso. È questa l'applicazione dei principii che reggono i contratti inesistenti.

7. Il consenso è un concorso di volontà. Quando si dice che il venditore e il compratore devono consentire, ciò significa che le loro volontà debbono concorrere. Non basta che l'uno con-

senta a vendere; è d'uopo che anche l'altro consenta a comperare. Se l'uso si obbliga a vendere, ma l'altro non consente a comperare, vi sarà vendita? No, vi ha semplice promessa di vendita. Questa promessa è un contratto unilaterale se fu accettata, mentre la vendita è un contratto bilaterale. Può esservi anche una promessa bilaterale di vendita, quando l'uno promette di vendere e l'altro di comperare. In questo caso, vi ha concorso di consenso, e quindi vendita. Il codice non prevede il caso d'una promessa unilaterale di vendita e non accenna che al caso della promessa bilaterale (art. 1589). Donde numerose difficoltà.

N. 1. — Della promessa unilaterale di vendita.

I. — La promessa unilaterale è obbligatoria?

8. Io prometto di vendervi una casa per cinquantamila lire. Questa promessa è obbligatoria? Si tratta d'una obbligazione contrattuale: occorre quindi un contratto, e non vi ha contratto senza concorso di consenso. Ne segue che non è sufficiente che io prometta di vendere perchè questa promessa generi un'obbligazione, ma occorre inoltre che colui al quale io faccio questa promessa l'accetti. Finchè non l'accetta, non vi ha che una semplice offerta o pollicitazione. Ora, l'offerta di obbligarsi non genera alcun vincolo obbligatorio. Io posso ritrattarlo, mentre un'obbligazione non si ritratta. L'offerta può essere ritrattata finchè l'altra parte non l'abbia accettata. Dal momento che l'ha accettata, vi ha concorso di volontà, e quindi consenso, e perciò contratto. Noi abbiamo già esposti questi principii elementari al titolo delle *Obbligazioni* (1).

La promessa di vendere è dunque una pollicitazione non obbligatoria, finchè non sia accettata. Quando è accettata, costituisce un contratto, donde nasce una obbligazione. È la promessa unilaterale di vendere. Non bisogna confondere questa promessa con quella di cui parla l'art. 1589 nè colla vendita. La promessa dell'art. 1589 è bilaterale, vale a dire « che vi ha reciproco consenso delle due parti sulla cosa e sul prezzo ». L'uno promette di vendere una certa cosa per un prezzo determinato, l'altro promette di comperarla per lo stesso prezzo. Questo concorso di consenso genera un contratto bilaterale che la legge assimila alla vendita. Nella promessa unilaterale di vendita, l'una delle parti s'obbliga bensì a vendere, ma l'altra parte, pur accettando questa obbligazione, non s'obbliga a comperare. In tal caso, la promessa è unilaterale, perchè è un contratto unilaterale, mentre la vendita e la promessa che la legge assimila alla vendita sono contratti bilaterali.

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 17, n. 10 *bis* I.

9. La promessa unilaterale di vendita è obbligatoria? L'affermativa pare così evidente che fa meraviglia vedere la questione discussa dagli scrittori e dalla giurisprudenza esitante. Diciamo che la validità della promessa unilaterale è evidente. È ben lecito parlare d'evidenza quando la legge si è pronunciato, e vi ha un testo, l'art. 1103, che definisce il contratto unilaterale. Il contratto è unilaterale quando una persona si obbliga verso un'altra senza che, da parte di questa, vi sia obbligo alcuno. Ora, chi promette di vendere si obbliga verso un'altra persona, poichè supponiano che la sua offerta sia stata accettata, ma colui che ha accettato l'offerta di vendere non si è obbligato a comperare. Non vi ha dunque che una parte sola obbligata, quella che promette, e ciò costituisce il carattere distintivo del contratto unilaterale.

Vi hanno forse ragioni per le quali la promessa unilaterale di vendita non sia valida? L'art. 1589 non parla che della promessa bilaterale. Dovrà dirsi per questo che la legge non ammette la promessa unilaterale? Sarebbe il peggiore degli argomenti *a contrario*. È inutile rispondervi. Si obbietta che la promessa unilaterale è viziata nella sua essenza, poichè dipende dalla sola volontà del compratore. Ora, la condizione potestativa rende nulla l'obbligazione che ne dipende. Ciò è vero quando l'obbligazione è stata contratta sotto una condizione potestativa da parte di colui che si obbliga. Sono questi i termini dell'art. 1174; ma colui che ha ricevuto la promessa di vendere non s'obbliga a nulla, egli non è debitore, è creditore. Ora, nei contratti unilaterali, vi ha sempre una condizione potestativa in favore del creditore. Egli è libero di non dar corso all'obbligazione, il che non toglie che il debitore sia vincolato. Basta, per la validità della promessa unilaterale, che chi promette sia vincolato, ed egli lo è certamente (1).

Come avviene che la giurisprudenza sia vaga e incerta, quando i principii hanno un'evidenza matematica? Noi diciamo che la promessa unilaterale accettata è un contratto unilaterale che obbliga chi promette, a differenza della pollicitazione, la quale non è che una semplice offerta e che non impone, per conseguenza, alcuna obbligazione a colui che l'ha fatta. La Corte di cassazione sembra, al contrario, confondere la promessa unilaterale colla pollicitazione, il che condurrebbe a negare ogni forza obbligatoria alla promessa di vendita, a meno che non sia bilaterale. Si legge in una sentenza di rigetto che « la promessa di vendita, come la vendita stessa, è un *atto sinallagmatico* che non è obbligatorio che col concorso delle volontà delle parti sulla cosa e sul prezzo » (2). Un'altra sen-

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 20, n. 10 *bis* IV. Cfr., in senso diverso, gli autori citati da AUBRY e RAU, t. IV, p. 333, nota 9, § 349.
(2) Rigetto, 18 giugno 1822 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 291, 5.°).

tenza è ancora più esplicita e più assoluta. La Corte dice che « la promessa di vendita unilaterale non è la promessa di vendita menzionata nell'art. 1589, ma una semplice pollicitazione » (1). Se si prendessero queste sentenze alla lettera, bisognerebbe dire che la Corte di cassazione confonde due fatti giuridici di natura essenzialmente diversa, la pollicitazione, semplice offerta, senza concorso di volontà, senza forza obbligatoria, e la promessa unilaterale di vendita che si forma col concorso delle volontà e che genera, per conseguenza, un contratto. La Corte confonderebbe dunque una semplice offerta non obbligatoria con un contratto obbligatorio. Non possiamo credere che tale sia il concetto della Corte suprema, sebbene s'incontri la stessa confusione d'idee in sentenze di Corte d'appello (2). Vi è, senza dubbio, un malinteso. La promessa unilaterale implica un'offerta, ma un'offerta accettata, mentre la pollicitazione è un'offerta non accettata (3). Ora, è sovente difficilissimo sapere se l'offerta sia stata o meno accettata. In fatto, la confusione della pollicitazione e della promessa unilaterale è dunque facilissima. Quando il giudice non vede concorso di volontà dirà che la promessa unilaterale non è che una pollicitazione. Checchè ne sia, il linguaggio della Corte di cassazione è, in ogni caso, inesatto. Essa avrebbe dovuto distinguere la pollicitazione offerta non accettata, dalla promessa unilaterale, offerta accettata. Avrebbe dovuto distinguere ancora la promessa unilaterale obbligatoria per chi promette dalla promessa bilaterale che vale vendita e che obbliga, per conseguenza, entrambe le parti contraenti.

10. Giacchè l'accettazione dell'offerta ha una parte così importante nella promessa di vendita, dobbiamo soffermarvici. L'accettazione è una manifestazione di consenso di colui al quale è fatta l'offerta. Accettare l'offerta è quanto dire ch'egli acquista il diritto di profittarne, egli diviene creditore di chi promette, ma non contrae alcuna obbligazione. Come deve farsi l'accettazione? Si applicano i principii generali, poichè la legge non vi deroga. Ora, per principio, il consenso può essere espresso o tacito. Quando il consenso è espresso, non vi ha più dubbio. Il concorso di volontà esiste e, per conseguenza, il contratto si forma. Il consenso tacito risultando da un fatto, spetta al giudice constatarne l'esistenza, secondo i fatti e le circostanze della causa. Quando si tratta d'acquistare un diritto, senza che il creditore contragga alla sua volta un'obbligazione, il giudice ammetterà facilmente il consenso. Non è a dirsi però ch'egli

---

(1) Rigetto, 9 agosto 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 185).
(2) Angers, 27 agosto 1829 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 291, 6.°).
(3) Il principio è formulato benissimo dalla Corte di Parigi, 10 maggio 1826 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 290, 3.°), dalla Corte di Bruxelles, 23 marzo 1831 (*Pasicrisie*, 1831, 2, 60), e dalla Corte di Bordeaux, 17 agosto 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 46).

possa presumerla. Il consenso del creditore, al pari di quello del debitore, non si presume: occorre sempre un'espressione di volontà.

È stato giudicato che se la promessa di vendere è constatata per iscritto, la consegna di questo scritto alla persona a profitto della quale la promessa è fatta, basta perchè vi sia accettazione. Infatti, chi riceve uno scritto contenente una obbligazione in suo favore manifesta con ciò la volontà di approfittare, al caso, dell'offerta. S'egli non gradisse l'offerta, si rifiuterebbe di ricevere lo scritto che la constata (1).

11. Vi ha un'altra causa di confusione in questa materia. Quando chi promette fa la sua offerta per iscritto, è necessario che questo scritto sia redatto in duplo? La negativa è certa, poichè l'art. 1325 non s'applica che ai contratti bilaterali, e il nome stesso di promessa unilaterale implica che la convenzione è unilaterale (2). Ma poco importa la forma con cui la promessa è redatta. Ciò riguarda la prova, e non bisogna confondere la prova colla validità della promessa. Io posso promettere oralmente di vendere. Questa promessa sarà perfettamente valida, salvo la difficoltà della prova. Così pure un atto steso in duplo non proverebbe l'esistenza d'un contratto bilaterale, a meno che l'atto non constatasse che vi era reciproca obbligazione di vendere e di comperare. Ritorneremo più avanti sulla confusione che si trova così di sovente nelle sentenze, tra la validità del fatto giuridico e la validità dello scritto steso per constatarlo.

II. — Effetto della promessa unilaterale.

12. La promessa di vendita, accettata, è obbligatoria per chi promette. In che consiste questa obbligazione e quali ne sono gli effetti? Colui al quale è fatta la promessa ha diritto di approfittarne, se vuole obbligarsi alla sua volta a comperare. È un diritto personale, nel senso ch'egli non acquista alcun diritto sulla cosa che forma oggetto del contratto. La Corte di cassazione ha giudicato che non è un diritto immobiliare, il che è incontestabile (3), perchè il diritto immobiliare non potrebbe essere che un diritto sull'immobile, vale a dire un diritto da proprietario. Ora, finchè la parte interessata non ha dichiarato la sua intenzione di comperare, non vi ha che una obbligazione di vendere da parte di chi promette, e chi promette di vendere, come dice Pothier, non vende, perchè non può vendere colla sua sola volontà.

---

(1) Liegi, 12 febbraio 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 169).
(2) Bruxelles, 23 marzo 1831 (*Pasicrisie*, 1831, 2, 60).
(3) Rigetto, 20 gennaio 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 364).

Si domanda se il diritto risultante da una promessa di vendita può essere ceduto. La giurisprudenza è divisa. La Corte di cassazione ha ritenuto che il diritto è cedibile. Per principio, non vi ravvisiamo alcun dubbio. Ogni diritto può essere ceduto a meno che non sia incedibile per sua natura. Ora, il diritto di cui si tratta è un diritto pecuniario, trattandosi della facoltà di trasformare in vendita una promessa unilaterale. Questo diritto non ha nulla di personale, e resta, per conseguenza, sotto l'impero della regola generale. La Corte vi aggiunge una restrizione, cioè che il cedente rimane obbligato direttamente a riguardo dell'autore della promessa, quali che siano le stipulazioni intervenute fra lui e il suo cessionario (1). A primo aspetto, non si vede quali siano le obbligazioni del cedente, perchè la promessa di vendere non l'obbliga, ma lo vincola eventualmente, nel caso in cui voglia approfittarne per trasformare la promessa di vendere in vendita definitiva. Egli si obbliga dunque verso colui che promette a pagare il prezzo se la vendita si realizza. Ora, se si possono cedere i proprii diritti, non si possono cedere le proprie obbligazioni. Ne consegue che la cessione del diritto alla realizzazione della promessa non scioglie il cedente dall'obbligo che ha contratto di pagare il prezzo. Ciò è anche razionale. Io posso promettere di vendere ad una persona la cui solvibilità m'ispira piena fiducia, mentre non farei questa promessa al suo cessionario che non conosco.

13. In che consiste il diritto di colui al quale è stata fatta la promessa se vuole approfittarne? La questione è controversa. Gli autori stessi che sembrano accogliere il medesimo parere sono su questo punto discordi. Anche la giurisprudenza è divisa. A nostro credere, non esiste alcuna difficoltà. Si tratta di sapere quando e in qual modo si formerà la vendita. La vendita si forma col concorso della volontà d'entrambe le parti. Ora, il venditore ha dichiarato la sua volontà di vendere. Che cosa manca per perfezionare la vendita? La volontà dell'altra parte. Dunque, dal momento che questa dichiarerà di voler comperare, il concorso di volontà esisterà e, per conseguenza, la vendita sarà perfetta (art. 1583) (2).

Si concepisce che chi promette non s'è obbligato a dare, ma a fare, ossia a vendere la cosa, e che, se rifiuta di compiere questo fatto, il creditore non può costringervelo, ma può soltanto reclamare i danni ed interessi, dappoichè ogni obbligazione di fare si risolve in danni ed interessi nel caso d'inesecuzione da parte del debitore (art. 1142) (3). Pothier risponde che questo principio

---

(1) Cassazione, in seguito a deliberazione in Camera di consiglio, 31 gennaio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 69). In senso contrario, Aix, 21 dicembre 1863, cassata (DALLOZ, 1865, 2, 29). Parigi, 2 luglio 1847 (DALLOZ, 1847, 2, 127).

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 333 e nota 10, § 349 (4.ª ediz.).

(3) La Corte d'Amiens ha giudicato in questo senso, 24 agosto 1839 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 300).

è applicabile soltanto ai fatti i quali richiedono l'intervento personale del debitore, e non trova applicazione a quelli cui può supplire una decisione del giudice. Ora, tale è il fatto di chi promette se rifiuta di addivenire alla vendita. Il giudice deciderà che la sua sentenza terrà luogo di contratto, e in forza di questa sentenza il compratore si metterà in possesso (1). La maggior parte degli scrittori moderni seguono l'opinione di Pothier (2). Vi ha una risposta più perentoria contro questa obbiezione ed è che l'obbligazione di chi promette non ha per oggetto un fatto. Egli ha consentito a vendere, e quindi non ha più mestieri di consentire. Quello che manca per la perfezione della vendita è il consenso dell'altra parte. Dal momento che questa consente vi ha vendita. È necessario che intervenga il giudice per costringere chi promette ad addivenire al contratto, come si dice? Addivenire al contratto vuol dire stendere l'atto di vendita, e l'atto non è che una questione di prova o d'esecuzione. Senza dubbio, se chi promette rifiuta d'eseguire la vendita, occorrerà al compratore un atto esecutivo, ma questo atto non deve necessariamente essere una sentenza del giudice. Se chi promette si è obbligato a vendere per atto autentico, e se l'altra parte si obbliga a comperare per atto autentico, questi due atti riuniti formeranno un atto esecutivo in forza del quale il compratore avrà diritto di immettersi in possesso. Il giudice non dovrà intervenire per assicurare l'esecuzione forzata della vendita se non quando manchi l'atto autentico. In questo caso, egli non condannerà il promettente ad addivenire al contratto, come si dice. Egli constaterà che vi ha vendita, e la sua sentenza terrà luogo d'atto.

La giurisprudenza ha consacrato l'opinione di Pothier. Essa conduce allo stesso risultato della nostra, ma per una via indiretta che ci pare inutile e che si presta all'errore. Così una sentenza reca che *la sentenza vale vendita* (3). L'espressione è inesatta. La sentenza non può mai tener luogo di contratto, perchè il contratto consiste in un concorso di volontà, e il giudice non può certo consentire per le parti. In realtà, le parti hanno consentito. Si tratta soltanto di fornire al compratore un titolo esecutivo. La Corte di Parigi ha giudicato assai meglio condannando il promettente ad addivenire all'atto, ed ha deciso che, in caso di rifiuto, *la sentenza terrebbe luogo d'atto* (4). Ma a qual pro condannare il promettente ad addivenire all'atto se basta la sentenza?

14. Dicendo che il consenso del creditore basta per perfe-

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 479.

(2) DURANTON, t. XVI, p. 78, n. 52. TROPLONG, p. 71, n. 115.

(3) Amiens, 16 giugno 1841 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 290, 7.°).

(4) Parigi, 10 maggio 1826 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 290, 3.°). Bruxelles, 31 marzo 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 61).

zionare la vendita, supponiamo che esistano tutti gli elementi necessarii alla perfezione della vendita, vale a dire che le parti siano d'accordo sulla cosa e sul prezzo (art. 1583). La promessa di vendere deve riunire tutte le condizioni richieste per la perfezione della vendita, e quindi una cosa e un prezzo. Chi promette s'obbliga a vendere la cosa per un determinato prezzo; indi il creditore dichiara di obbligarsi a comprare questa cosa per il prezzo indicato nella promessa. Infatti, la sola differenza fra la promessa unilaterale di vendita e la vendita è che nella promessa una sola parte s'obbliga, ma questa obbligazione dev'essere di tal natura da poter essere trasformata in contratto bilaterale coll'espressione di volontà del creditore. Non si concepisce promessa di vendere senza un oggetto, come non si concepisce una promessa di vendita senza prezzo. Pothier è di contrario avviso per ciò che riguarda il prezzo. Egli dice che la promessa di vendere è valida senza che sia dichiarato il prezzo. Si ritiene, in questo caso, che il promittente si sia obbligato a vendere pel giusto prezzo, come sarà regolato dai periti scelti dalle parti. Ma la decisione è inammissibile. Per aversi vendita occorre il consenso delle due parti sulla cosa e sul prezzo. Sono le parti che devono determinare il prezzo e non i periti. Dire che si ritiene aver esse venduto pel giusto prezzo è presumere il loro consenso. Ora, il consenso non si presume mai. La promessa senza indicazione del prezzo è dunque imperfetta, perchè la vendita non può perfezionarsi. È questa l'opinione generale (1).

15. Il creditore dichiara che consente a comperare. Da qual momento la vendita sarà perfetta? La questione è importantissima, per ciò che concerne il trasferimento della proprietà e i rischi della cosa. Dal momento che la vendita è perfetta, la proprietà della cosa è acquisita al compratore e i rischi stanno a suo carico. La vendita esiste a partire dalla promessa o non esiste che a partire dalla dichiarazione del creditore colla quale questi s'obbliga a comperare? Secondo la nostra opinione, la risposta non è dubbia. La promessa di vendita differisce dalla vendita in un punto essenziale. Non vi ha consenso che da parte di chi promette. Perchè la promessa divenga una vendita, occorre inoltre il consenso del creditore. Quando questo consenso è dato, vi ha concorso di volontà, e quindi vendita. Dunque la vendita non esiste che dal momento in cui il creditore dichiara di voler comperare. Da questo punto egli diviene proprietario e sopporta i rischi (2).

Vi ha un'opinione contraria secondo la quale la vendita esi-

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 481. In senso contrario, DUVERGIER, t. I, p. 140, n. 128, e tutti gli autori. MARCADÉ, che li critica tutti, è, in sostanza, dello stesso avviso.

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 334, nota 11, § 349, e le autorità che citano.

sterebbe a far tempo dalla promessa. Quest'opinione ha trovato un abile difensore in Colmet de Santerre. Dobbiamo arrestarci su questo punto (1). La promessa di vendita, si dice, implica una condizione, e produce l'effetto di trasferire la proprietà condizionale. Chi promette si obbliga a trasferire la proprietà della cosa se il creditore si obbliga, alla sua volta, a comperarla. Egli è dunque debitore condizionale della cosa. Quegli a cui è fatta la promessa è creditore condizionale della cosa. Quando egli adempie la condizione, questa retroagisce. Egli è dunque proprietario a partire dalla promessa condizionale. Ci pare che si snaturi la promessa di vendita considerandola come un contratto unilaterale condizionale. La promessa è pura e semplice, e che dice? Che il promettente s'obbliga a vendere. Questa obbligazione unilaterale non può trasferire la proprietà, perchè la proprietà non si trasferisce se non mediante un concorso di volontà. Quando esiste questo concorso di volontà? A far tempo dalla dichiarazione del creditore che intende comperare. È da questo momento che vi sarà vendita e trasferimento della proprietà. Le parti non hanno stipulato alcuna condizione, e la loro convenzione non ne implica affatto. È una vendita imperfetta, perchè una soltanto delle parti ne rimane obbligata.

Essa diverrà perfetta quando l'altra parte si sarà alla sua volta vincolata. Unilaterale nel suo principio, il contratto diverrà bilaterale quando il creditore si obbligherà a comperare. Ora, il contratto unilaterale non può divenire bilaterale per retroattività d'un consenso. Questa retroattività è impossibile, perchè ne risulterebbe che vi ha contratto bilaterale in un momento in cui non esiste che un contratto unilaterale. L'equità si accorda col diritto. Secondo la nostra opinione, il promettente resta proprietario, e sopporta i rischi, perchè non vi ha ancora vendita. Secondo l'opinione che noi combattiamo, il creditore sarebbe proprietario, e ciononostante il debitore sopporterebbe il rischio, perchè il creditore, non essendo ancora vincolato al momento in cui la cosa viene a perire o a deteriorarsi si guarderebbe bene dal consentire alla vendita. Egli approfitterebbe dunque delle buone eventualità le quali aumentassero il valore della cosa, e non sopporterebbe la cattiva, il che è ingiusto.

La giurisprudenza ha consacrato l'opinione generale. Il proprietario d'un terreno si inibisce di venderlo ad altri salvo che a persona indicata nell'atto, per un lasso di quattro anni a partire dal 1° aprile 1843. Era detto nell'atto che il contratto non diverrebbe obbligatorio pel creditore che a partire dal giorno in cui manifestasse la sua volontà, con atto stragiudiziale, fissando il tempo della conversione dell'atto per scrittura privata in atto autentico e della presa di possesso del terreno. Il prezzo era fissato in quarantamila lire. Intervenne

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 21, n. 10 *bis* V.

in seguito la legge del 19 luglio 1845, che decretò la costruzione della ferrovia da Parigi a Strasburgo. Dovendo la ferrovia attraversare il terreno, ne risultava ch'esso acquistava un valore di oltre centocinquantamila lire. Il creditore si affrettò a convenire in giudizio il promittente. Questi si rifiutò di mantenere la sua promessa. Egli opponeva, anzitutto, la nullità della promessa unilaterale di vendita. Ma era un pessimo cavillo. La Corte di Parigi lo respinse, e stabilì contemporaneamente il principio quale venne da noi formulato. La promessa unilaterale di vendita, essa dice, non è vietata da nessuna legge. La vendita è subordinata, in questo caso, all'accettazione del compratore, la quale le imprime un carattere sinallagmatico ed opera il trasferimento del diritto di proprietà rimasto fino allora nella persona e a rischio di colui che aveva promesso di vendere. La vendita si era dunque perfezionata colla dichiarazione del creditore di voler comperare. Secondo l'opinione di Colmet de Santerre, che noi combattiamo, il creditore poteva dire: Io sono proprietario a partire dalla promessa, perchè la mia accettazione retroagisce. Io approfitto del maggior valore del terreno. Ma non avrebbe subìto il rischio d'un deprezzamento. Secondo la nostra opinione, la vendita non era perfetta che a far tempo dall'accettazione del creditore. Il prezzo era fissato in quarantamila lire, ma il terreno aveva acquistato un maggior valore enorme. Sorgeva allora la questione di sapere se non vi fosse lesione per oltre sette dodicesimi e, per conseguenza, se la vendita fosse rescindibile. In fatto, vi era lesione, e, in diritto, l'azione di rescissione doveva essere ammessa, poichè la vendita non esisteva che in forza dell'accettazione del creditore. Era a quel tempo che bisognava stimare il valore dell'immobile per calcolare la lesione. Interposto ricorso, la decisione venne confermata da una sentenza di rigetto (1).

16. Dal principio che il promittente resta proprietario consegue ch'egli può vendere la cosa a un terzo, gravarla di diritti reali, darla in locazione. Questi atti saranno perfettamente validi a riguardo dei terzi, poichè, in confronto di questi, egli ha conservato la proprietà piena ed intiera della cosa. Il creditore, al quale è stata fatta la promessa di vendita, non può opporre il suo diritto ai terzi, perchè egli non ha che un diritto personale o di credito, ma non possiede verun diritto sulla cosa. Non avrà dunque che un'azione di danni ed interessi contro il promittente. Se questi avesse disposto della cosa in frode dei diritti del creditore, vi sarebbe luogo all'azione pauliana, supponendo che il terzo fosse complice della frode. Sono conseguenze logiche del principio che la proprietà non è trasferita colla promessa di vendita (2). Se l'accettazione del creditore retroagisce, egli

---

(1) Parigi, 26 agosto 1847, e rigetto, 9 agosto 1848 (Dalloz, 1848, 2, 43, e 1, 185).

(2) Vedi le autorità citate da Aubry e Rau, t. IV, p. 334, note 12 e 13. Rigetto, 14 marzo 1860 (Dalloz, 1860, 1, 163).

sarebbe proprietario a partire dalla promessa, e potrebbe opporre il suo diritto ai terzi, ben inteso sotto la condizione di trascrivere gli atti che stabiliscono la sua proprietà (1). Si può obbiettare che, secondo la nostra opinione, i diritti del creditore possono essere annullati dal promettente. Questo è vero, ma accade così d'ogni diritto personale. Spetta al creditore stipulare delle garanzie. Se non lo fa, non può lagnarsi, poichè rimane sotto l'impero del diritto comune.

17. Questi principii ricevono applicazione alla convenzione che prende il nome di *patto di preferenza*. È questa la clausola mediante la quale il proprietario d'una cosa si obbliga, pel caso in cui l'alienasse, a venderla di preferenza ad una determinata persona. Codesto patto non è altro che una promessa unilaterale di vendita, salvo che il promittente non s'obbliga ad alienare la cosa. È dunque una promessa di vendita condizionale. Se ne è indotto che il patto è nullo, poichè la condizione è potestativa. Il promittente può alienare o non alienare a sua volontà. Non è il caso d'applicare l'art. 1174, il quale dichiara nulla l'obbligazione contratta sotto condizione potestativa da parte di colui che s'obbliga? No, perchè la condizione potestativa dell'art. 1174 è quella che dipende unicamente dalla volontà del debitore. Ora, non dipende sempre da noi il non alienare. Le circostanze possono costringerci a farlo, e dal momento che il promittente aliena, deve dare la preferenza a colui a profitto del quale il patto è convenuto. Questo patto ha, del resto, l'effetto della promessa di vendere, nel senso ch'esso non conferisce al creditore che un diritto personale. Se il promittente vende a un'altra persona, la vendita sarà valida, salvo il caso di frode. Il creditore non avrà che un'azione di danni ed interessi (2).

18. La promessa unilaterale di vendere non diviene vendita che quando il creditore dichiara di voler comperare. Può egli sempre fare questa dichiarazione? Bisogna distinguere. D'ordinario la convenzione fissa un termine entro il quale il creditore deve manifestare la sua volontà. Questo termine è una delle condizioni della promessa. Se il creditore lo lascia spirare senza aver usato del suo diritto, non può più invocare la promessa, poichè questa è estinta. Che dovrà dirsi se la convenzione non contiene alcuna limitazione di tempo? Non se ne deve conchiudere che il creditore possa sempre prevalersi della promessa. Una simile interpretazione sarebbe contraria all'intenzione delle parti contraenti, perchè non si può credere che il promittente abbia inteso vincolarsi indefinitamente a riguardo del creditore. Vi ha dunque un termine tacito. Se le parti interes-

(1) Vedi, in questo senso, DURANTON, t. XVI, p. 79, n. 53. LAROMBIÈRE, *Delle obbligazioni*, t. I, p. 178, nn. 13-15 dell'art. 1138 (Ed. B.).

(2) Bordeaux, 19 agosto 1834, Tolosa, 15 luglio 1818 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 311). Riom, 30 giugno 1843 (DALLOZ, 1845, 2, 58).

sate non s'accordano per determinarlo, lo farà il giudice. Così dice Pothier. Per essere liberato dalla sua promessa, egli scrive, il promittente deve ottenere una sentenza la quale ordini al creditore di dichiarare entro un termine stabilito se vuol comperare, statuendo insieme che, trascorso il detto tempo senza ch'egli abbia fatto tale dichiarazione, il promittente sarà sciolto dalla sua obbligazione. Si è sostenuto bastare una semplice diffida; ma non ne pare esatto. Si tratta di decidere quale è il termine tacitamente convenuto dalle parti. Ora, l'una delle parti non ha il diritto d'interpretare la convenzione senza il concorso dell'altra. Questo potere non spetta che al giudice (1).

Pothier soggiunge che, se è trascorso un tempo considerevole dopo la promessa, senza che il creditore abbia manifestato la volontà di approfittarne, può risultarne una presunzione che le parti hanno desistito tacitamente dalla convenzione (2). Non potrebbe parlarsi d'una presunzione legale, e le presunzioni dell'uomo non sono ammesse come prova che nei casi in cui la legge ammette la prova testimoniale. La rinuncia ad un diritto non si presume mai, essa non risulta che da una dichiarazione di volontà e la volontà si manifesta tanto con fatti quanto con parole. È dunque in questi termini che la questione dev'esser posta. Vi hanno fatti i quali provano che il creditore ha rinunciato ad un diritto che gli dava la promessa? E come può farsi la prova? Bisogna rispondere che si resta sotto l'impero del diritto comune, poichè la legge non vi deroga.

Vi ha una sentenza in questo senso della Corte d'Angers. Ad un Comune era stata promessa la facoltà di riscattare il suo presbiterio venduto come bene nazionale. Passarono circa trent'anni senza che il Comune domandasse l'esecuzione della promessa. Per di più esso avea fatto acquisto d'una parte del presbiterio, senza riservarsi i diritti che gli accordava la promessa di vendita. Quest'ultimo fatto, congiunto al lungo silenzio del creditore, fu considerato come prova della desistenza del Comune (3).

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 480. Cfr. TROPLONG, p. 23, n. 117. DUVERGIER, t. I, p. 138, n. 127. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 24, n. 10 *bis* X e XI. Rigetto, 12 luglio 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 347).

(2) Cfr. DURANTON, t. XVI, p. 85, n. 58. TROPLONG, p. 73, n. 117.

(3) Angers, 28 agosto 1829 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 291, 6.°).

III. — Della promessa unilaterale di comperare.

19. Questa promessa è valida per la stessa ragione per la quale si ammette la validità della promessa di vendere. Si suppone che il proprietario della cosa l'abbia accettata. Ne risulta una convenzione unilaterale che obbliga il promettente senza obbligare il creditore. Questi, il proprietario, potrà trasformare il contratto unilaterale in contratto di vendita, dichiarando la sua volontà di vendere. Il concorso delle due volontà basterà perchè la vendita sia perfetta.

Il creditore, che è proprietario, è libero di disporre della cosa sua come crede. Egli non è obbligato a nulla. Se vende ad un'altra persona che non sia il creditore, questi non ha alcun diritto contro il venditore, nè, a maggior ragione, contro i terzi, perchè il creditore non ha contratto alcuna obbligazione a suo riguardo. La vendita ch'egli fa non ha che un solo effetto a riguardo del promettente, che, cioè, lo libera dalla sua promessa, perchè il proprietario che vende la cosa si mette nell impossibilità di consegnarla al promettente. Egli rinuncia dunque al beneficio della promessa. Non potendo questa essere eseguita, il promettente non potrebbe essere costretto a mantenerla.

20. Conservando il creditore la proprietà della cosa, senza essere tenuto ad alcuna obbligazione verso il promettente, ne segue ch'egli ne sopporta anche i rischi. È il caso d'applicare l'adagio che la cosa perisce per il suo proprietario. Ciò è evidente quando la cosa perisce per la totalità. La vendita non è ancora fatta e non può farsi per mancanza d'oggetto. Che dovrà dirsi se la cosa è soltanto deteriorata o se la perdita è parziale? Noi crediamo che sia il caso d'applicare l'art. 1601, il quale è così concepito: « Se una parte soltanto della cosa fosse perita al momento della vendita, il compratore avrà la scelta o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale ». Si obbietterà che l'art. 1601 non suppone una promessa unilaterale di comperare precedente alla vendita; che colui il quale ha promesso di comperare si è obbligato, e che deve rispettare la sua obbligazione, qualunque sia lo stato della cosa nel momento in cui la vendita si perfeziona. Rispondiamo, e la risposta ci pare perentoria, che colui il quale ha promesso di comperare non compera realmente che nel momento in cui la vendita si perfeziona colla dichiarazione del creditore di voler vendere. Dunque è in tal momento che deve esservi una cosa, e che questa occorre sia integra, vale a dire quale il compratore ha inteso di comperarla. Siamo dunque nel testo dell'art. 1601. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Si tratta d'interpretare la volontà delle parti. Ora, nella promessa

di comperare, il creditore si riserva la facoltà di non vendere se la cosa aumenta di valore. Per contrario, egli deve anche sopportare tutti i rischi della cosa. Non si può ammettere che il debitore si affidi alla sua mercè, e rinunci alle eventualità favorevoli prendendo sopra di sè tutte le cattive. Le perdite devono stare a carico di chi risente i vantaggi. La questione è però controversa tanto per la promessa di comperare quanto per quella di vendere. Crediamo inutile rinnovare la discussione. I principii sono certi se si ammette che la promessa unilaterale di vendere o di comperare non implica una condizione, e, a nostro avviso, la promessa non è condizionale (n. 15) (1).

N. 2. — Delle promesse di vendita bilaterali.

21. L'art. 1589 definisce la promessa bilaterale di vendita e i suoi effetti: « La promessa di vendere equivale alla vendita quando esiste il consenso reciproco delle due parti sulla cosa e sul prezzo ». Non vi ha disposizione più chiara in tutto il codice civile, eppure uno scrittore si duole che essa sia di un laconismo oscuro (2). Effettivamente intorno al significato dell'art. 1589 si sollevarono controversie interminabili. Ma la colpa non sarebbe forse degli interpreti? Se essi nudrissero maggior rispetto pel testo, non vi sarebbe mai stato alcun dubbio sul senso della legge. Dire che la promessa di vendere equivale alla vendita significa che essa produce tutti gli effetti della vendita, senza eccezione alcuna. E la ragione è semplice. La dice la legge definendo ciò ch'essa intende per promessa di vendere. Occorre il *consenso reciproco* di *entrambe* le parti sulla *cosa* e sul *prezzo*.

Il consenso *reciproco* di *entrambe* le parti genera un contratto bilaterale, poichè cade sulla *cosa* che deve essere consegnata e sul *prezzo* da pagarsi. Adunque la vendita è perfetta. Anche questo dice la legge nell'articolo 1583. Le parti hanno *convenuto* sulla *cosa* e sul *prezzo*. Ne risulta, continua il codice, che la vendita è perfetta e la proprietà si trasmette al compratore. Su questo punto precisamente si è sollevata la controversia. Vi ha trasferimento di proprietà in forza d'una promessa bilaterale di vendita? Gli articoli 1589 e 1583 rispondono alla questione e la decidono affermativamente.

Portalis diceva, nel titolo preliminare del codice civile: « Quando il testo della legge è chiaro, non è lecito di elu-

---

(1) Vedi, in senso diverso, DUVERGIER, t. I, p. 140, n. 129. MARCADÉ, t. VI, p. 163, n. IV dell'art. 1589. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 22, n. 10 *bis* VII-IX.
(2) BUGNET in POTHIER, t. III, p. 199, nota 1.

derne la lettera sotto pretesto di penetrarne lo spirito » (t. 1, n. 273). Ora, se vi ha un testo chiaro, è quello dell'art. 1589. Ma occorre altresì rivelare che altrettanto esplicito è quello che si chiama lo spirito della legge. Per spirito della legge s'intende la volontà del legislatore. Essa si manifesta, per ciò che concerne il codice Napoleone, nella esposizione dei motivi, nei discorsi degli oratori e nella discussione del Consiglio di Stato. Discussione non ve ne fu. Non vi sono dunque altri elementi per la disputa che i discorsi degli oratori del Governo e del Tribunato. Che cosa dicono essi? Quello che esprime il testo. Perchè l'art. 1589 dispone che la promessa di vendere equivale alla vendita? Portalis risponde, nell'esposizione dei motivi del titolo della *Vendita*: Perchè si trova, in simile caso, tutto ciò che è della sostanza del contratto di vendita (1), vale a dire il consenso di entrambe le parti sulla cosa e sul prezzo. Dunque la promessa di vendere è identica alla vendita. Ciò ripete anche il relatore del Tribunato, Faure: « Se il contratto, invece di racchiudere una vendita, contiene una promessa di vendere, la promessa ha la stessa forza della vendita, volta che si trovino riunite le tre condizioni, cioè la cosa, il prezzo e il consenso » (2). Infine l'oratore del Tribunato, Grenier, s'esprime in modo da non lasciare alcun dubbio: Vi è un altro atto che racchiude la vendita e che ne produce tutti *gli effetti*, sebbene *sotto denominazione diversa*. È questa la promessa di vendere. L'uso è altrettanto antico quanto quello della vendita, e non vi era alcun inconveniente a conservarlo. Ben inteso che la validità della promessa di vendere che non può essere favorita più della vendita, alla quale è *perfettamente* assimilata, va soggetta alle stesse condizioni di quelle della vendita. Questo risulta sufficientemente dall'articolo 8 » (1589) (3).

Così il testo e lo spirito della legge sono d'accordo nell'identificare la promessa di vendere e la vendita quando la promessa contiene i tre elementi essenziali della vendita, cioè una cosa, un prezzo e il consenso sulla cosa e sul prezzo. Che mai si può opporre al testo e allo spirito della legge? Si invoca la tradizione (4). Potremmo contentarci di rispondere che l'antico diritto è stato abrogato, che se si può ricorrervi per interpretare il codice, non si può invocarlo per attribuire al codice tutto il contrario di quello che stabilisce. Si abusa della tradizione, come si abusa dei lavori preparatorii, quando si ritorcono contro la legge, sotto il pretesto d'interpretarla, ma, in realtà, per cambiarla. Nel caso concreto l'abuso è patente. A un testo chiaro ed evidente per sè medesimo si oppone una tradizione incerta e confusa.

---

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, n. 11 (LOCRÉ, t. VII, p. 71).
(2) FAURE, *Relazione al Tribunato*, n. 9 (LOCRÉ, t. VII, p. 90).
(3) GRENIER, *Discours*, n. 9 (LOCRÉ, t. VII, p. 108).
(4) MARCADÉ, t. VI, p. 164, n. V dell'art. 1589. TROPLONG, p. 78, nn. 130 e 131.

Quale è, infatti, si dice, la tradizione che gli autori del codice hanno consacrato? La tradizione, per essi, si riassume in Pothier e Domat, che sono le loro guide abituali, dappoichè non ne conoscono altre. Ora, Domat non dice nulla delle promesse di vendere, e Pothier fa cenno soltanto delle promesse unilaterali di vendere. Quale è la ragione di questo silenzio, che pare strano? L'ignoriamo. Non si può supporre altro motivo se non quello che la promessa unilaterale aveva dato luogo a controversie, mentre la promessa bilaterale non poteva essere dubbia, poichè è identica alla vendita. Si prende però una parola di Pothier, non per spiegare il codice, ma per fargli dire il contrario di ciò che esso statuisce. Pothier e, dopo lui, Toullier scrivono: « Chi promette di vendere una cosa non la vende ancora, ma contrae soltanto l'obbligo di venderla », mentre l'art. 1579 dice: « Promettere di vendere equivale a vendere. Duvergier trova che questa obbiezione è la sola che presenti qualche gravità (1). A dire il vero, l'obbiezione si ritorce contro coloro che la sollevano. Di quale promessa parla Pothier? Della promessa unilaterale di vendere, e di questa è esattissimo dire che non equivale a vendita. La cosa è evidente, e nessuno l'ha mai contestata. Ben diversa è la promessa dell'art. 1589. In questo caso vi ha non solo promessa di vendere, ma ancora promessa di comperare. Non si può più dire che chi promette di vendere non vende ancora, perchè la sua obbligazione non è isolata, ma suppone un'obbligazione correlativa di comperare. Vi ha dunque concorso di volontà, e quindi contratto. In che differiscono, in sostanza, la promessa bilaterale di vendere e di comperare e la vendita? Nei termini di cui le parti si servono. Invece di usare la parola *consento* dicono *prometto*. V'hanno forse ancora in diritto francese termini sacramentali? Chi promette non s'obbliga forse, e obbligarsi non significa consentire? D'ordinario non sono nemmeno le parti che stendono l'atto, ma un pubblico ufficiale o un mediatore, e perchè l'estensore dello scritto avrà usato la parola *promettere,* invece della parola *obbligarsi,* o consentire, si dirà che le parti non abbiano inteso di fare una vendita!

Ritorniamo all'antico diritto. Troplong e Marcadé hanno riprodotto le testimonianze. È inutile trascriverle. Eravi, senza dubbio, disparità d'opinioni. Alcuni autori, pur dicendo, come fa il codice, che la promessa di vendere equivale alla vendita, non intendevano che la promessa di vendere producesse gli stessi effetti della vendita. Essa equivale alla vendita nel senso che ciascuna delle parti poteva essere costretta a stipulare un contratto di vendita. È lo stesso effetto che produce la promessa unilaterale, salvo che ciascuno dei promettenti aveva azione contro l'altro. Riassumendo l'antico diritto, noi gli diamo una precisione che non aveva. Tutto ciò che se ne può indurre si

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 133, n. 124.

è che la proprietà non era trasferita colla promessa di vendere, ma non lo era nemmeno colla vendita, poichè richiedevasi la tradizione per il trasferimento della proprietà. Il codice civile, al contrario, stabilisce come principio che la proprietà vien trasferita dal momento in cui si verifica il concorso delle volontà delle parti contraenti. Ora, l'art. 1589 suppone che questo concorso di volontà esista, e quindi, in virtù dell'art. 1138, la *proprietà* è trasferita. È questa l'opinione della maggior parte degli scrittori (1), e la giurisprudenza l'ha consacrata (2).

22. Abbiamo supposto una promessa di vendere e di comperare senza termine. Che dovrà dirsi se le parti contraenti hanno detto che promettevano, l'una di vendere entro due anni, l'altra di comperare spirato un tal termine? Su questo punto vi hanno nuove controversie. Perecchi di coloro i quali insegnano che la promessa di vendere dell'art. 1589 è una vera vendita e ne produce tutti gli effetti ammettono che la promessa di vendere subordinata ad un termine non diviene una vendita che quando il termine è scaduto (3). A nostro avviso, la promessa non cambia natura quando le parti vi aggiungono un termine. È certo che per principio il termine non altera la natura della convenzione, ma ne protrae soltanto l'esecuzione. Del resto, se il contratto è traslativo di proprietà, la proprietà vien trasferita immediatamente e il creditore sopporta il rischio, come se non vi fosse termine. Se accade così nella vendita, dev'essere lo stesso nella promessa di vendere, poichè la legge le equipara completamente. In teoria, non ci vediamo dubbio (4).

Ma la questione è innanzi tutto una questione di volontà. Le parti sono libere di stipulare che la promessa di vendere potratta a due anni è protratta, non quanto all'esecuzione, ma quanto all'esistenza, e se hanno dichiarato che tale è la loro volontà, non vi ha più dubbio. La loro volontà fa legge. Si va più avanti e si dice che, pel fatto solo che hanno promesso di vendere e di comperare entro due anni, hanno bastantemente manifestato la loro intenzione di non fare una vendita attuale, ma vollero invece sospendere il perfezionamento del contratto fino alla scadenza del termine. Secondo questa opinione la promessa bilaterale a termine avrebbe gli stessi effetti d'una promessa unilaterale. Trattasi di un'interpretazione di volontà, vale a dire di un apprezzamento di fatto, che bisogna lasciare al giu-

---

(1) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. IV, p. 332, nota 7, § 349. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 17, n. 10 *bis* II. MOURLON, *Trattato della transizione*, p. 84, n. 58.

(2) Bastia, 28 giugno 1849 (DALLOZ, 1949, 2, 124). Liegi, 6 giugno 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 203).

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 19, n. 10 *bis* III. Cfr. DUVERGIER, t. I, p. 134, n. 125.

(4) AUBRY e RAU, t. IV, p. 332 e seg., nota 8, § 359; MOURLON, t. III, p 204, n. 487.

dice, il quale si pronunzierà secondo l'insieme delle circostanze della causa. Decidendo in teoria e in modo assoluto che una promessa protratta non è una vendita si corre pericolo di attribuire alle parti una cosa diversa da quella che hanno voluto dire. Può darsi che abbiano inteso sospendere la perfezione della vendita, ma può darsi anche che abbiano voluto vincolarsi immediatamente e irrevocabilmente, dimodochè la vendita sia perfetta e solo si trovi protratta l'esecuzione delle obbligazioni. Io voglio comperare, ma non ho pel momento i fondi necessari, che possederò soltanto fra due anni. Alla sua volta, il proprietario della cosa desidera di vendere, ma ha per il momento bisogno della cosa. Si tratta per esempio di una casa Egli intende di abitarla ancora per due anni. Entrambe le parti tengono a che la convenzione sia attuale e definitiva, salvo a protrarne l'esecuzione. Il venditore resterà in possesso per due anni, il compratore non pagherà che quando entrerà in possesso. Se si supponesse in loro, *a priori*, l'intenzione di non vendere nè comperare immediatamente, si snaturerebbe la loro convenzione. Lasciamo al giudice la cura di apprezzarla. In diritto, la questione non è dubbia. In fatto, la soluzione dipende dalla volontà delle parti.

23. Secondo l'opinione che combattiamo, non si fa alcuna differenza fra la promessa unilaterale di vendere e la promessa bilaterale, il che è poco logico. Quando le parti promettono, l'una di vendere, l'altra di comperare, vi ha consenso sulla cosa e sul prezzo, e quindi vendita. Quando, al contrario, l'una promette di vendere e l'altra non promette di comperare, non vi ha concorso di volontà sul fatto della vendita, e quindi non vi ha vendita. Grande è dunque la differenza fra la promessa unilaterale di vendita e la promessa bilaterale. È la differenza intercedente fra un contratto unilaterale, che contiene una promessa di vendere, e la vendita. Il contratto unilaterale non diverrà una vendita se non quando il creditore, alla sua volta, consentirà a comperare.

Ne consegue una differenza quanto alla forma. Poichè la promessa unilaterale di vendere costituisce un contratto unilaterale, non vi ha luogo ad applicare l'art. 1325. L'atto non deve essere redatto in duplo. E non è applicabile nemmeno l'art. 1326, poichè la promessa di vendere o di comperare non è un biglietto nel senso di questa disposizione. Lo scritto resta dunque sotto l'impero del diritto comune, vale a dire non si esige altra formalità che la firma. La promessa dell'art. 1589, al contrario, essendo un contratto bilaterale, è soggetta alle forme dell'art. 1325. La scrittura dovrà essere fatta in tanti originali quante sono le parti aventi un interesse distinto, e ciascun originale dovrà recar cenno del numero degli originali che ne vennero tratti. È una cosa elementare, ma abbiamo detto più volte che la giurisprudenza non ha, nella materia delle prove, la certezza dei principii e la precisione di linguaggio che dovrebbe avere. Importa segnalare gli errori e le negligenze del contesto, perchè creano difficoltà o le aumentano.

Si legge in una sentenza della Corte di Riom, pronunciata sotto la presidenza di Grenier: « Che il principio sempre stato osservato in diritto francese è che la vendita, essendo un contratto sinallagmatico, non può aver *effetto*, quando non sia stipulata per atto notarile, che con scrittura fatta in duplo e firmata dalle parti ». Nella specie, si trattava d'una promessa bilaterale, per meglio dire, d'una vendita fatta nei termini ordinari. Lo scritto, firmato soltanto dal venditore, constatava il pagamento d'un acconto di centosessanta lire sopra un prezzo di quattrocentocinquanta. Vi era dunque esecuzione della vendita per il pagamento parziale del prezzo; ma essendosi il compratore rifiutato di stipulare l'atto, la Corte dichiarò nulla la promessa di vendere (1). Ecco una confusione completa dei principii più elementari. Non è esatto dire che si è sempre richiesto una scrittura perchè la vendita abbia effetto. Non è vero che sia necessario lo scritto pel perfezionamento del contratto. Ci occuperemo più avanti della prova della vendita. Essa resta sotto l'impero del diritto comune, vale a dire che nessuno scritto è richiesto perchè la vendita abbia effetto. Crediamo inutile rilevare gli altri errori che si trovano nella sentenza di Riom. Essa si confuta da sè stessa.

Citeremo anche una sentenza della Corte di cassazione, la cui dicitura almeno è inesatta. La vendita, osserva la Corte, è un contratto sinallagmatico che, fuori dei casi in cui la legge ammette la prova testimoniale, dev'essere redatto per iscritto e in tanti originali quante sono le parti aventi un interesse distinto (2). Ciò significa che non vi sono altre prove della vendita e della promessa bilaterale di vendere che gli atti e la prova testimoniale. Non è questo certamente il concetto della Corte, poichè il testo del codice ammette altri mezzi probatori, come l'interrogatorio e il giuramento. Perchè non dice che la vendita rimane sotto l'impero del diritto comune, al pari della promessa di vendere?

24. Gli effetti della promessa bilaterale sono affatto diversi da quelli della promessa unilaterale. L'una è una vendita che trasferisce la proprietà e mette i rischi a carico del compratore, l'altra non genera che un diritto di credito e lascia la proprietà e i rischi al promettente. Importa dunque molto distinguere la promessa unilaterale dalla promessa bilaterale. In teoria, la distinzione è semplicissima; è quella che intercede fra i contratti unilaterali ed i contratti bilaterali. In fatto, è talvolta difficile distinguere se entrambe le parti hanno inteso obbligarsi, l'una a vendere, l'altra a comperare, o se una sola si è obbligata a vendere o a comperare, e l'altra ha solamente ac-

---

(1) Riom, 26 maggio 1820 (DALLOZ, 1846, 4, 508).
(2) Rigetto, sezione civile, 21 dicembre 1846 (DALLOZ, 1847, 1, 19).

cettata questa obbligazione senza intendere di vincolarsi essa stessa. Queste quistioni si presentano sovente e sono state portate più volte avanti la Corte di cassazione (1). È inutile analizzare le decisioni, tutto dipendendo dall' interpretazione dei contratti. Ci limitiamo a citare un caso nel quale l'apprezzamento della Corte può parere dubbio. Due sorelle erano proprietarie per indiviso, ciascuna per metà, d'una abitazione posta alla Martinica. Con atto notarile, l'una diede in affitto per nove anni al cognato la sua metà indivisa. Lo stesso giorno le parti firmarono, in duplo, un atto per scrittura privata nel quale dichiaravano che se, durante l'affitto, convenisse al conduttore d'acquistare la parte indivisa che le era stata affittata, la proprietaria sarebbe tenuta a vendergliela, alla sua prima richiesta, pel prezzo di quarantacinquemila lire. Fu giudicato che la promessa era bilaterale nel senso dell'art. 1589. La soluzione ne sembra assai dubbia. Il conduttore non si obbligava a comperare, egli stipulava soltanto il diritto di comperare. Perciò soltanto il proprietario era obbligato, il che caratterizza una promessa unilaterale (2).

25. La promessa di vendere può esser fatta sotto condizione? L'affermativa non è dubbia. Ogni contratto può essere condizionale. L'art. 1584 lo dice espressamente della vendita, e la promessa bilaterale equivale alla vendita. Bisogna venire alla medesima conclusione per la promessa unilaterale. Anche questa dà vita ad un contratto, e quindi può essere fatta sotto condizione. Si applicano, in questo caso, i principii che reggono la condizione. Un debitore si obbliga, pel caso che non pagasse il proprio debito alla scadenza, a cedere al creditore una parte degli immobili ipotecati a di lui favore fino a concorrenza del capitale del credito, in base ad una perizia. È questa una promessa bilaterale di vendere? Vi ha una cosa, un prezzo, se non certo, almeno determinabile, e il consenso di entrambe le parti. Adunque una promessa di vendere. Essa non differisce dalla promessa dell'art. 1589 che in un punto, in quanto cioè rivestita d'una modalità. Il debitore non si obbliga a vendere che ad una condizione, se non paga il suo debito. Se paga il debito, manca la condizione e, per conseguenza, la promessa cade. Se non paga il debito, la condizione è adempiuta. Vi ha promessa bilaterale di vendere e di comperare, e quindi vendita (3).

La promessa di vendere si trova sovente aggiunta ad una locazione come promessa di vendere, senza che il conduttore prometta di comperare. La promessa può anche essere bilaterale, sia pura e semplice, sia sotto condizione. Importa distinguere

---

(1) Rigetto, 26 gennaio 1848 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 315, 2.°); 21 dicembre 1846 (DALLOZ, 1847, 1, 19); 12 luglio 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 347).

(2) Rigetto, 24 luglio 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 456).

(3) Montpellier, 1.° marzo 1855 (DALLOZ, 1856, 2, 219).

le diverse clausole, perchè producono effetti differenti. Supponiamo che, durante il corso dell'affitto, la cosa locata venga espropriata per causa di utilità pubblica. A chi spetterà l'indennità? Se la promessa di vendere è unilaterale, l'indennità sarà riscossa dal promettente. Infatti, egli è rimasto proprietario; è la cosa sua che venne espropriata, e quindi l'indennità spetta completamente a lui. Il creditore non può dire che consente a comperare, perchè la vendita non può più perfezionarsi, in quanto la cosa colpita d'espropriazione vien posta fuori di commercio. S'intende che se il creditore avesse dichiarato la sua volontà di comperare prima dell' espropriazione, sarebbe proprietario, salvo al venditore domandare la rescissione della vendita per causa di lesione, come abbiamo detto più sopra (n. 15).

Se la promessa di vendere fosse bilaterale, e pura e semplice, sebbene protratta al termine dell'affitto, per esempio, vi sarebbe vendita e trasferimento di proprietà. Quindi l'indennità apparterrebbe al compratore. Ma che dovrà dirsi se la promessa è condizionale? La vendita condizionale non trasferisce la proprietà, mentre la vendita a termine la trasferisce. Tutto dipende dunque dall'interpretazione del contratto. Se è condizionale, l'indennità sarà dovuta al venditore. Il compratore non può reclamarla, poichè non vi ha ancora vendita, e la vendita non può più verificarsi, la cosa venduta non trovandosi più in commercio. La difficoltà si è presentata nel caso seguente. Viene stipulato un affitto, per quattrocento lire all'anno, di due appezzamenti di terreno, con facoltà d'esercitare la miniera di gesso che vi si trova. Era detto nell'atto che se, al termine dell'affitto, i conduttori volessero continuare l'esercizio, il locatore s'obbligava a vendere loro i due pezzi di terra per ottomila lire. Prima del termine della locazione i due pezzi di terra furono espropriati per la costruzione d'una ferrovia. I conduttori dichiararono di voler usare del diritto di comperare che l'affitto concedeva loro. Il locatore rispose che si atteneva alle clausole dell'affitto. Fu giudicato, in prima istanza e in appello, che la promessa era da principio unilaterale, cosa questa evidente, perchè il solo locatore obbligavasi a vendere, mentre il conduttore non s'obbligava a comperare. Ma la promessa unilaterale non era diventata bilaterale colla dichiarazione dei conduttori? La Corte di Montpellier decise che i conduttori non potevano costringere il locatore a stipulare la vendita prima dell'epoca stabilita nell'atto, vale a dire prima del termine dell'affitto, donde trasse la conseguenza che la proprietà risiedeva ancora nel locatore, che era a suo rischio, e che egli doveva anche approfittare dell'aumento di valore. Prodotto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto, ma la Corte motiva la sua decisione in altri termini. Essa dice che secondo l'intenzione delle parti, interpretata sovranamente dai giudici del fatto, la promessa non doveva spiegare effetto che al termine della locazione ossia che la promessa era condizionale, mentre la sentenza impugnata diceva che

la scadenza dell'afflitto era un termine (1). A noi pare che vi fosse effettivamente un termine e che questo fosse stipulato nell'interesse dei conduttori. Essi potevano dunque rinunciarvi e perfezionare la vendita mediante la dichiarazione di voler comperare.

N. 3. — Della caparra.

26. L'art. 1590 dispone: « Se la promessa di vendere è stata fatta coll'aggiunta d'una caparra, ciascuno de' contraenti è padrone di recedere dal contratto, quegli che l'ha data, perdendola, e quegli che l'ha ricevuta, restituendo il doppio ».

La parola caparra ha diversi significati nel linguaggio giuridico. Nell'art. 1590, s'intende per caparra una somma di denaro che l'una delle parti rimette all'altra al momento in cui ha luogo la promessa di vendere coll'intenzione che ciascuna delle parti avrà la facoltà di disdirsi, vale a dire di ritirare la sua promessa, mediante la perdita della caparra. Quella che ha dato la caparra può dichiarare che ritira la sua promessa, lasciando la caparra all'altra parte. Questa può disdirsi restituendo il doppio.

Per caparra s'intende ancora un oggetto qualunque che l'una delle parti consegna all'altra al momento della convenzione per indicare che il contratto è concluso. La consegna e l'accettazione della caparra constatano che la convenzione è definitivamente stipulata.

Infine, si dà talvolta il nome di caparra alla somma che il debitore paga in conto di ciò che deve; il che prova egualmente che la convenzione è conchiusa, poichè il pagamento dell'acconto attribuisce un principio d'esecuzione (2).

27. L'art. 1590 è il solo che fa cenno della caparra, e ne parla soltanto a proposito delle promesse di vendita. Donde la questione di sapere quale sarà l'effetto della caparra nelle vendite che non hanno luogo sotto forma di promessa. Devesi applicare a questa caparra la disposizione dell'art. 1590? Ecco l'interesse della questione. L'art. 1590 contiene una interpretazione della volontà delle parti contraenti. Esso suppone che la caparra sia data come disdetta nella promessa di vendere, di modo che ciascuna delle parti può recedere dalla sua obbligazione senza essere tenuta a provare che la caparra è stata convenuta a titolo di disdetta. Le parti sono, senza dnbbio, libere di manifestare una volontà contraria. Chi si oppone a che la promessa sia ritirata può provare che la caparra è stata data come *denaro a Dio* o come *acconto,* ma la prova starà a di lei carico, mentre

---

(1) Rigetto, 15 febbraio 1870 (DALLOZ, 1872, 1, 372).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 26, n. 11 *bis* I e V.

colui il quale vuole disdirsi non ha obbligo provar nulla. Egli ha per sè la dichiarazione del legislatore. Accade lo stesso quando la vendita non è fatta sotto forma di promessa? La questione è controversa. A noi sembra però che il testo la risolva. Esso parla della *promessa di vendere*, e siccome il legislatore dichiara quale è la volontà delle parti, non si può estendere questa dichiarazione a un caso che la legge non prevede. Invano si dice che, essendo la promessa di vendere assimilata dall'art. 1589 alla vendita, bisogna applicare alla vendita quello che l'art. 1590 dice della promessa. Rispondiamo che se tale fosse stato il pensiero del legislatore, avrebbe detto nell'art. 1590: « Se la *vendita* è stata fatta con caparra », invece di dire: « Se la *promessa di vendere* è stata fatta con caparra ». Si invocano anche le parole di Grenier, l'oratore al Tribunato, ma Marcadé ha provato che il discorso di Grenier è stato interpretato male. Egli non dice se non quello che è scritto nell'art. 1590. In sostanza, la legge non dice nulla dell'effetto della caparra, quando vi ha vendita. Bisogna conchiuderne che restano applicabili i principii generali, vale a dire che colui il quale vorrà disdire la convenzione deve provare che la caparra è stata convenuta a titolo di disdetta. È questo il diritto comune, e la legge non vi deroga che per le promesse di vendita (1). Si domanderà se vi ha una ragione della differenza che la legge stabilisce fra la vendita e la promessa di vendere in quanto concerne il significato della caparra. Quale è il motivo che ha guidato il legislatore? L'ignoriamo, poichè il caso della vendita non venne previsto. Forse il nome di *promessa* ha fatto pensare che la volontà delle parti non era definitiva, e ch'esse medesime hanno dichiarata la loro intenzione a questo riguardo dando una caparra.

28. Rimane una difficoltà di fatto. Come si distingueranno le diverse specie di caparra? Rispondiamo che ciò riguarda le parti. Spetta all'attore provare quello che allega, salvo che, nelle promesse di vendita, la caparra è considerata come disdetta dalla legge, il che dispensa dalla prova la parte che intende disdirsi. In tutti gli altri casi, l'attore e il convenuto sono tenuti a provare il fondamento della domanda e dell'eccezione. Si è stabilita, su questo punto, una serie di probabilità (2). Crediamo inutile riprodurle e discuterle. È vana ogni teorica, a nostro avviso, dovendo il giudice decidere le questioni di volontà in base ai fatti della causa e non *a priori*.

---

(1) Vedi, in senso diverso, AUBRY e RAU, t. IV, p. 339, nota 36, § 349. DUVERGIER, t. I, p. 144, n. 135. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 27, n. 11 *bis* III. DURANTON, t. XVI, p. 66, n. 50. TROPLONG, p. 86, nn. 140 e 141. MARCADÉ, t. VI, p. 172, n. 11 dell'art. 1590.

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 339, nota 37, § 349.

§ II. — *Della capacità.*

29. « Possono comprare o vendere tutti coloro ai quali ciò non è vietato dalla legge ». Questa disposizione dell'art. 1594 è un'applicazione od una ripetizione dell'art. 1123, a termini del quale « qualunque persona può contrattare se non è dichiarata incapace dalla legge ». L'art. 1124 designa coloro che sono in genere incapaci di contrattare, e soggiunge che sono incapaci anche quelli cui la legge proibisce certi determinati contratti. Rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni* e al primo libro del codice civile quanto riguarda le incapacità generali. Pel momento non dobbiamo trattare che delle incapacità speciali di vendere o di comperare. Queste incapacità sono un'eccezione alla regola della capacità: in altri termini, non vi hanno altre incapacità di vendere o di comprare all'infuori di quelle che sono stabilite dalla legge, e le medesime sono di stretta interpretazione. Tale principio si applica a qualsiasi eccezione, ma vi ha un motivo speciale per applicarlo al diritto di vendere e di comprare. Trattasi in vero qui di una facoltà che l'uomo tiene dalla natura, poichè gli è necessaria per vivere. Intendiamo la parola vita nel suo più largo significato. L'esistenza materiale è il mezzo, lo sviluppo intellettuale e morale è lo scopo. Importa dunque restringere le eccezioni ai casi previsti dalla legge. Quando non si è nel testo che stabilisce l'incapacità si rientra nella regola che consacra la capacità. È stato giudicato, in applicazione di questo principio, che le vendite fra genitori e figli sono valide per ciò solo che la legge non le vieta (1).

30. Il codice civile stabilisce un'incapacità di vendere e di comperare fra coniugi (art. 1595), e gli articoli 1596 e 1597 sanciscono alcune incapacità di comperare. Lasciamo da parte, secondo l'indole del nostro lavoro, le incapacità che sono stabilite da leggi speciali.

N. 1. — Della vendita fra coniugi.

31. L'art. 1595 dispone: « Il contratto di vendita non può aver luogo fra coniugi che nei tre casi seguenti ». Solo dunque per eccezione la vendita è permessa fra coniugi. Di massima, è vietata. Portalis ha esposto in modo limpidissimo i motivi di questo divieto: « Si è temuto, egli dice, l'abuso che il marito potrebbe fare della propria autorità e quello che potrebbe eventualmente derivare dall'influenza che sul marito può esercitare la

---

(1) Colmar, 15 novembre 1808 e 10 agosto 1825 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 399).

moglie mediante i dolci affetti che sa inspirare. Questi motivi avevano determinato la maggior parte delle consuetudini a proibire le donazioni fra il marito e la moglie all'infuori del contratto di matrimonio. Fra persone così intimamente unite sarebbe a temersi che la vendita mascherasse quasi sempre una liberalità ». È vero che il codice civile permette le donazioni fra coniugi nei limiti della disponibile da esso fissata, ma, per impedire il temuto abuso, le dichiara revocabili. Il divieto della vendita fra coniugi è la sanzione di queste disposizioni. Sarebbe stato facile ai coniugi eccedere la disponibile con liberalità simulate sotto forma di vendita, e sarebbe stato loro facile così di renderle irrevocabili.

La legge ha voluto prevenire anche un'altra frode. Se fosse permessa la vendita fra coniugi, l'un d'essi potrebbe fare una vendita fittizia dei suoi beni all'altro, per sottrarli all'azione dei suoi creditori. Questi possono, a dir vero, impugnare gli atti che il debitore fa in frode dei loro diritti, ma la frode è sempre difficile a provarsi, poichè l'azione pauliana esige la complicità dei terzi.

Portalis ci dà anche un altro motivo. Il marito è amministratore dei beni della moglie, e questa non può fare alcun atto senza la di lui autorizzazione. Si potrebbe credere che il marito sapesse conciliare gli interessi della moglie e i suoi in un contratto in cui fosse parte? Gli scrittori non riproducono questo motivo, ed a ragione. Esso prova troppo, perchè bisognerebbe conchiuderne che ogni contratto dovrebbe essere vietato fra coniugi, mentre la legge non proibisce che la vendita e autorizza, per conseguenza, le altre convenzioni (1).

32. Il divieto della vendita fra coniugi subisce tre eccezioni. Esse hanno questo di comune, che suppongono tutte che il coniuge venditore sia debitore, e che ceda un bene all'altro coniuge creditore in pagamento di ciò che gli è dovuto. È dunque una dazione in pagamento che la legge autorizza, ma non in termini generici; essa indica i casi nei quali è lecita la vendita sotto forma di dazione in pagamento. Diremo più avanti come la dazione in pagamento sia assimilata alla vendita. Vi hanno però alcune differenze che indicheremo. Si può dunque ritenere che la vendita propriamente detta è sempre vietata fra coniugi, e la stessa dazione in pagamento non è permessa che nei casi previsti dalla legge. Grenier, l'oratore del Tribunato, stabilisce, a questo riguardo, la seguente regola. Dopo aver enumerate le diverse cause per cui le vendite sono autorizzate fra coniugi, soggiunge: « Siccome questi crediti sono *legittimi ed esigibili,* sarebbe ingiusto impedire una liberazione col mezzo della vendita ». Le cause sono legittime

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi,* n. 15 (LOCRÉ, t. VII, p. 72). DUVERGIER. t. I, p. 213, n. 176.

nel senso che la legge le ammette siccome giustificanti l'eccezione, perchè non ogni debito legittima la vendita fra coniugi. Occorre sempre che il credito sia esigibile? È quanto vedremo spiegando il testo dell'art. 1595.

I. — Prima eccezione.

33. Il contratto di vendita può aver luogo fra coniugi quando « uno dei coniugi giudizialmente separato cede all'altro dei beni in pagamento dei suoi diritti ». Questa prima eccezione è comune ad entrambi i coniugi, almeno in diritto, potendo ciascuno essere creditore dell'altro; ma, in fatto, è la moglie che sarà d'ordinario creditrice quando i suoi beni sono stati venduti, o quando si è obbligata personalmente nell'interesse del marito. Il marito può cedere i propri beni, mobili od immobili, in pagamento di ciò che deve. La legge non distingue. In questo caso, i crediti della moglie sono legittimi ed esigibili. Essa potrebbe agire contro il marito ed espropriarlo. Meglio vale una dazione in pagamento, che conserverà i beni ai figli e risparmierà spese.

34. Perchè vi sia causa legittima in questa prima eccezione, è d'uopo che sia pronunciata la separazione. La separazione scioglie la comunione; i crediti della moglie contro il marito diventano esigibili, anzi la moglie è obbligata ad esercitare le sue riprese sotto pena di nullità della separazione pronunciata dal giudice (art. 1444). Finchè non è pronunciata la separazione il marito non può cedere dei beni alla moglie in pagamento di ciò che le deve, perchè non le deve ancora nulla, la liquidazione dei diritti della moglie non facendosi che dopo lo scioglimento della comunione. La dazione in pagamento sarebbe nulla, quand'anche la separazione fosse già domandata quando il marito cede dei beni alla moglie. Essa sarebbe nulla in forza del n. 1 dell'art. 1595 il quale non autorizza la vendita che quando vi ha separazione giudiziale, salvo a vedere se la vendita è permessa in forza del n. 2.

Si è sostenuto davanti la Corte di cassazione che, retroagendo la sentenza di separazione al giorno della domanda, la moglie è ritenuta separata quando, durante il corso della causa, il marito le cede dei beni in pagamento di ciò che le deve. La Corte ha respinto questa interpretazione dell'art. 1445. Si applica la retroattività a un caso pel quale non è stata stabilita. Se la sentenza risale al giorno della domanda è allo scopo di conservare alla moglie i diritti che possono prevenirle durante la causa e per impedire al marito di rovinarla completamente cogli atti che facesse dopo l'introduzione della domanda, ma la legge non ha inteso autorizzare un'esecuzione preventiva e volontaria della separazione, nè dare alla moglie che chiede la separazione una capacità giuridica che l'art. 1595 non conferisce che alla moglie separata di beni. Si sarebbe aperto l'adito alla frode,

che la legge teme sempre nella domanda di separazione, permettendo alla moglie di acquistare dei beni dal marito in danno degli altri suoi creditori (1).

II. — Seconda eccezione.

35. La legge permette la vendita anche nel caso in cui « la cessione che il marito fa alla moglie, sebbene non separata, è fondata sopra una causa legittima, come sarebbe il rinvestimento del prezzo dei suoi immobili alienati o del danaro a lei spettante, se questi immobili o questo danaro non cadono in comunione ».

La legge suppone che la cessione sia fatta dal marito alla moglie per una causa legittima. Essa non permette che la *moglie* ceda dei beni al marito non separato giudizialmente, a meno che non si trovi nel caso speciale previsto dal n. 3 dell'art. 1595. Perchè la legge non permette alla *moglie* ciò che permette al *marito?* Perchè si presenta ben di rado una causa legittima per la moglie. Così l'esempio che la legge dà del rinvestimento non è applicabile alla moglie. Non è dessa che amministra i beni del marito e che è incaricata di rinvestire i suoi beni alienati. Essa rimane estranea all'amministrazione della comunione e a quella dei suoi beni proprii. Essa non è dunque nel caso di divenire debitrice quando interviene nella gestione del marito, diviene, al contrario, creditrice, perchè viene in aiuto al marito alienando i suoi beni proprii o obbligandosi per lui. Il legislatore ha creduto inutile autorizzare una cessione per un'ipotesi che non si presenterebbe quasi mai, e se si presentasse, ha temuto che potesse essere preparata dai coniugi per legittimare una vendita sotto forma di dazione in pagamento senza che vi fosse realmente una causa legittima (2).

36. La legge ne dà un esempio sotto il regime della comunione. Essa suppone che la moglie alieni uno dei suoi beni proprii, a condizione che il marito ne faccia il rinvestimento. Invece d'acquistare un immobile che tenga luogo per la moglie di rinvestimento, il marito può cederle a questo titolo uno dei suoi beni. Il marito è debitore, poichè egli non riscuote i denari provenienti dalla vendita che a condizione di restituirli. È una causa legittima che autorizza la dazione in pagamento. Anzi la legge non esige che il rinvestimento sia obbligatorio. Questo è indifferente. Basta che il rinvestimento si faccia. In questo caso, il marito non è debitore attuale, perchè la moglie non ha che una ripresa che esercita allo scioglimento della comunione. Il

(1) Rigetto, sezione civile, 2 luglio 1873 (DALLOZ, 1873, 1, 464). Nello stesso senso, Caen, 4 gennaio 1851 (DALLOZ, 1854, 2, 48).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 38, n. 20 *bis* IV.

suo credito non è dunque esigibile, ma è certo. La legge autorizzando il rinvestimento deve autorizzare anche la dazione in pagamento. L'art. 1595 soggiunge: « Se l'immobile alienato non cade in comunione ». Per diritto comune gli immobili sono beni proprii, ma il contratto di matrimonio può mobilizzarli. Se un immobile della moglie è mobilizzato, il marito non diviene debitore per questo titolo, perchè egli è proprietario dell'immobile mobilizzato, come lo è degli acquisti di comunione. Ora, dal momento che non vi ha debito, non può essere questione d'una dazione in pagamento.

Avviene lo stesso quando la moglie ha danari proprii. Per diritto comune, i denari della moglie entrano in comunione. La moglie non ha, a questo titolo, alcun credito, e quindi non vi ha luogo ad una dazione in pagamento. Ma, per eccezione, la moglie può avere denari proprii, per esempio, se il donante ha stipulato che i denari che dà alla moglie non entreranno in comunione. Il marito riceve questi denari, e ne diviene proprietario come quasi usufruttuario, coll'obbligo di restituirli. Egli è dunque debitore, ma la moglie non esercita questa ripresa che allo scioglimento della comunione. Non è un credito immediatamente esigibile, però, siccome è certo, la legge autorizza il marito a cedere alla moglie uno dei suoi beni in pagamento dei denari che ha ricevuti e che deve restituire. Se il rinvestimento fosse obbligatorio, il marito sarebbe debitore attuale, ma la legge non lo esige.

La legge permette al marito di cedere alla moglie un bene in rinvestimento. Essa non dice quali beni può cedere A meno che non vi sia una clausola di rinvestimento, egli può cedere anche i beni della comunione, perchè ne è signore e padrone, può venderli, e quindi può anche darli in pagamento di ciò che deve. Gli esempi che dà l'art. 1595 sono tolti al regime di comunione. Se ne deve conchiudere che il n. 2 dell'art. 1595 non è applicabile che a questo regime? Così è stato giudicato, ma questa interpretazione deve essere respinta, perchè introduce nella legge una restrizione che non vi è e che non avrebbe ragion d'essere. La moglie ha beni proprii sotto altri regimi. Dal momento che il marito è debitore per questo titolo, vi ha una causa che legittima la dazione in pagamento. È l'opinione generale (1). È stato giudicato che il marito, il quale riscuote il prezzo dei beni parafernali alienati dalla moglie dotale, può cedere dei beni alla moglie in pagamento del prezzo. Egli non vi ha alcun diritto, egli è debitore per questo titolo, e il debito è immediatamente esigibile; si è dunque nel testo e nello spirito della legge (2).

---

(1) Grenoble, 26 marzo 1832, e Bastia, 2 maggio 1842 (DALLOZ, v. *Vendita*, numero 426, 5.° e 8.°).

(2) Bordeaux, 1.° dicembre 1829 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 425, 1.°). DUVERGIER, t. I, p. 217, nota 1.

37. L'art. 1595, n. 2, comincia col porre per principio che il marito può cedere dei beni alla moglie quando la cessione ha una *causa legittima*, poi dà delle applicazioni della regola. Tali applicazioni non sono che esempi. Su questo punto non vi ha alcun dubbio. Ma qual'è la portata di questi esempi? Restringono essi la regola, nel senso che non possa essere applicata se non in casi analoghi a quelli che la legge prevede? O i giudici hanno un potere discrezionale per decidere in quali casi vi ha *causa legittima?* Si ammette generalmente l'interpretazione restrittiva, ed a ragione. Essa è fondata sul testo e sullo spirito della legge. Quanto al testo, dopo aver detto che la cessione deve avere una causa legittima, l'art. 1595 soggiunge: « Come il reimpiego ». È una spiegazione di ciò che la legge intende per causa legittima, e la spiegazione obbliga naturalmente il giudice. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio su questo punto. Essa è essenzialmente restrittiva, poichè consacra un'eccezione. Ora, l'eccezione distruggerebbe la regola se il giudice avesse un potere assoluto di decidere quando la causa è legittima. L'interpretazione che noi combattiamo condurrebbe a dire che la vendita sarebbe permessa al marito quando la causa sembrasse legittima al giudice. La legge non ha voluto un tale arbitrio. È per questo ch'essa spiega con un esempio ciò che si deve intendere per *causa legittima.* Questo esempio suppone che il marito sia debitore della moglie, perchè si tratta d'una dazione in pagamento. Il debito del marito preesiste alla vendita. La vendita ha per oggetto di estinguere il debito. Se non preesiste un credito, non vi ha causa che legittimi la dazione in pagamento.

La Corte di cassazione, in una prima sentenza, ha ammesso l'interpretazione estensiva Nel caso concreto, il marito aveva ceduto alla moglie un immobile del valore di ventimila lire, coll'obbligo per lei di pagare quattromila lire di debiti che aveva contratti e di provvedere, per l'avvenire, ai bisogni dei figli comuni (1). Tutti gli autori criticano questa decisione. Essa non ha nulla di comune colla spiegazione che la legge dà della *causa legittima.* Il marito non era debitore verso la moglie, e quindi non vi era luogo ad una dazione in pagamento. Troplong scrive, è vero, che i giudici hanno un potere discrezionale, ed una Corte ha giudicato che la legge si rimette alla coscienza dei magistrati (2), ma non bisogna mai prendere alla lettera quello che dice Troplong La mancanza di precisione è in lui abituale. Dopo aver detto che il giudice ha un potere discrezionale, soggiunge che la moglie ha diritto di comperare dal' marito per farsi pagare ciò che le è dovuto. Noi non pensiamo diversamente.

---

(1) Rigetto, 23 agosto 1825 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 430). Cfr. DUVERGIER, t. I, p. 216, n. 179. MARCADÉ, t. VI, p. 185, n. II dell'art. 1595.
(2) TROPLONG, p. 116, n. 180. Limoges, 30 dicembre 1861 (DALLOZ, 1862, 2, 201).

Quanto al'a sentenza della Corte di Limoges, essa non è seria. Se la legge si rimettesse alla coscienza del giudice, non vi sarebbe bisogno di leggi.

38. L'applicazione non è senza difficoltà. Vi ha un punto sul quale non potrebbe esservi dubbio. Essendo la vendita una dazione in pagamento, occorre un credito della moglie in pagamento del quale il marito le cede dei beni. Ma è necessario che il credito sia attuale ed esigibile? Negli esempi offerti dall'art. 1595, il credito della moglie è certo, ma non esigibile, poichè si tratta di riprese che si esercitano allo scioglimento del matrimonio. Che dovrà dirsi dei danari dotali sotto il regime della dote? Il marito ne acquista la proprietà, ma non deve restituirli che allo scioglimento del regime. La giurisprudenza non ammette che questa sia una causa legittima di vendita (1). Ciò ne sembra dubbio. Quando, sotto il regime della comunione, il marito riscuote denari proprii della moglie, ne diviene anche proprietario, egli non è debitore attuale. La ripresa si esercita allo scioglimento della comunione, e si esercita sulla massa. La moglie non ha azione contro il marito che in caso d'insufficienza dei beni comuni, mentre, sotto il regime dotale, il marito è debitore diretto della dote, debitore a termine. Il credito è certo. Vi ha dunque più che analogia per i denari dotali.

La Corte di cassazione applica il principio della giurisprudenza alla comunione convenzionale. Quando i coniugi stipulano la comunione d'acquisti, i mobili presenti e futuri della moglie le restano proprii. Il marito, avendo il godimento dei denari, ne diviene proprietario coll'obbligo di restituirli. Quest'obbligo di restituzione è una causa legittima di dazione in pagamento? No, dice la Corte, perchè il credito della moglie non era esigibile (2) Ma i denari proprii della moglie di cui parla l'articolo 1595, n. 2, sono esigibili? Non diventano essi proprietà del marito? La giurisprudenza ci pare in contraddizione con sè stessa.

III. — Terza eccezione.

39. La legge permette alla moglie di cedere al marito dei beni « in pagamento d'una somma da lei promessagli in dote, e quando siasi esclusa la comunione ». Questa terza causa è particolare alla moglie, e la ragione è semplicissima. La legge autorizza il debitore della dote a cedere dei beni in pagamento della medesima. Ora, è la moglie che porta la dote al marito (art. 1540), non il marito che l'apporta alla moglie. Quando

---

(1) Vedi le sentenze citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 350, nota 24, § 531.
(2) Rigetto, sezione civile, 2 luglio 1873 (DALLOZ, 1873, 1, 464).

anzi il marito è dotato, chi riceve la dote non è la moglie, la quale non ne approfitta che in virtù delle stipulazioni del suo contratto di matrimonio. Il marito conserva, sotto tutti i regimi, i beni che apporta o che gli sono dati a titolo di dote. Egli non ha dunque mai, per questo titolo, un credito contro la moglie. Quindi non vi ha luogo a dazione in pagamento.

Non basta che la moglie prometta una dote perchè possa dare un bene in pagamento della somma promessa, ma occorre anche che sia esclusa la comunione. Che cosa s'intende con ciò? I termini della legge indicano un regime che esclude la comunione. Ve ne sono tre: la convenzione portante che i coniugi si maritano senza comunione (art. 1530), la clausola di separazione dei beni (art. 1536) e il regime dotale. Il testo dell'art. 1595 si applica a questi tre regimi, poichè sotto i medesimi vi ha esclusione di comunione. Quanto allo spirito della legge, esso comprende tutti i regimi sotto i quali la moglie promette una dote che aiuti il marito a sopportare i pesi del matrimonio, nel senso che il marito ha azione contro la moglie. Egli è creditore; la moglie è debitrice: essa paga il suo debito cedendo un bene al marito. Gli è così sotto l'impero della convenzione colla quale i coniugi si maritano senza comunione e sotto il regime dotale. Sotto il regime di separazione dei beni, la moglie non apporta beni al marito, essa contribuisce ai pesi del matrimonio lasciandogli una parte dei suoi redditi. Ma nulla impedisce ai coniugi di stipulare che la moglie porti in dote una somma i cui interessi terranno luogo al marito della sua parte contributiva nei pesi del matrimonio. La moglie è, in questo caso, debitrice. Esso può pagare il suo debito dando al marito un bene in pagamento (1).

L'art. 1595 è applicabile al regime di comunione? Secondo il testo della legge, bisogna rispondere negativamente, dichiarando esso in modo formale « e siasi *esclusa la comunione* ». Non vi ha alcuna difficoltà quando si tratta della comunione legale. Non può parlarsi d'una dote *promessa* dalla moglie, poichè la moglie non promette nulla. Essa porta in dote i suoi mobili presenti e futuri e l'usufrutto de' suoi beni proprii, senza nulla promettere per questo titolo. Ma, sotto il regime della comunione convenzionale, la moglie può promettere una dote della quale è debitrice. Così avviene nella clausola di collazione. Quando la moglie promette di mettere i suoi mobili in comunione fino a concorrenza d'una data somma, diviene debitrice della somma che ha promesso: il marito è creditore. Ecco le condizioni richieste per la dazione in pagamento. Eppure

(1) DURANTON, t. XVI, p. 179, n. 150. DUVERGIER, t. I, p. 218, n. 181. AUBRY e RAU, t. IV, p. 351, note 25 e 26, § 531. MARCADÉ, t. VI, p. 186, n. II dell'art. 1595. Secondo VALETTE, l'art. 1595 non si applicherebbe al regime dotale (MOURLON, t. III, p. 210, n. 499).

il testo non la consente. Perchè? Non lo sappiamo. È possibile che il legislatore non abbia pensato che alla comunione legale (1).

Vi ha un'altra interpretazione dell'art. 1595 che permette di applicarlo a tutti i regimi. La legge, si dice, non parla d'un regime, ma dichiara in termini molto generici « *e siasi esclusa la comunione* », il che vuol dire siasi escluso dalla comunione il bene dato in pagamento (2). Non si attribuisce così alla legge una cosa diversa da quella che vuole esprimere? Essa non parla del *bene dato in pagamento della dote promessa*, ma dice quando siavi esclusione di comunione, il che significa quando siasi esclusa la comunione, e non è esclusa se non quando i coniugi si sono maritati sotto uno dei tre regimi che escludono la comunione.

IV. — Effetto della vendita fra coniugi.

40. L'art 1595 aggiunge alla fine: « Salvo, in questi tre casi, le ragioni degli eredi delle parti contraenti, quando non risulti alcun vantaggio indiretto ». La legge suppone che la vendita sia stata fatta in uno dei tre casi in cui è permessa. Essa è dunque valida, ma può contenere un vantaggio indiretto a profitto del coniuge compratore. Se la moglie aliena un bene proprio del valore di trentamila lire, e il marito le cede un immobile che ne vale cinquantamila, le fa un vantaggio indiretto di ventimila lire. La legge riserva, in questo caso, le ragioni degli *eredi delle parti contraenti*. Quali sono questi eredi? E quale è il loro diritto? La questione è controversa. Secondo il testo ogni erede avrebbe il diritto d'impugnare la vendita in forza del vantaggio ch'essa contiene. La legge restringe il diritto agli eredi legittimari. Ma la restrizione risulta dalla natura stessa della disposizione impugnata. Essa viene impugnata perchè contiene una liberalità. Ora, la legge non limita le liberalità che nell'interesse degli eredi legittimari. A riguardo degli altri eredi, tutto è disponibile. Non si deve dunque distinguere, a loro riguardo, fra i vantaggi diretti e i vantaggi indiretti. Il loro autore può tutto donare tanto sotto forma di vendita quanto sotto forma di donazione. L'art. 1595 suppone dunque che vi siano eredi legittimari. Questi possono impugnare gli atti che contengono liberalità se il loro autore ha ecceduto la disponibile. Quale azione avranno essi? Un'azione di nullità od un'azione di riduzione? La soluzione dipende dall'interpretazione che si dà all'art. 1099. Noi abbiamo insegnato che la donazione fatta tra coniugi è nulla quando sia simulata o

---

(1) La ragione data da Troplong (p. 117, n. 181) non significa nulla.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 38, n. 21 *bis* I.

fatta ad interposte persone. Rimane a sapersi se la donazione è simulata per ciò solo che vien fatta sotto la forma d'una vendita. L'art. 1099 non definisce la donazione simulata. Essa implica una frode alla legge. Ora, non si può dire che ogni vendita fra coniugi, quando il valore dell'immobile ceduto oltrepassa l'ammontare del credito, sia fatta in frode della legittima. E una questione di fatto che i giudici decideranno secondo l'intenzione delle parti contraenti. Se ritengono la vendita fraudolenta, l'annulleranno completamente. Se decidono che la vendita è fatta in buona fede e che contiene un vantaggio indiretto, ridurranno la liberalità. Si è espressa in questo senso una sentenza della Corte di cassazione (1).

Vi ha un'altra interpretazione dell'art. 1595 che s'attacca alla lettera della legge e ammette ogni erede a impugnare la donazione e a domandarne la nullità in forza dell'art. 1099 (2). Ciò a noi pare una contraddizione. Gli eredi non legittimari non possono invocare l'art. 1099, il quale non è stato scritto che nell'interesse della legittima, e l'art. 1595 non parlando che d'un vantaggio indiretto, non si può applicarlo che agli eredi i quali hanno il diritto di lagnarsi delle liberalità indirette, e quindi agli eredi legittimari. Altri dicono che la vendita è nulla per mancanza di capacità. Ne conchiudono che il coniuge venditore e, per conseguenza, i suoi creditori possono impugnarla (3). E vero che l'art. 1595 si trova nel capitolo intitolato: « *Chi può comperare e vendere* ». Ma il divieto stabilito dall'art. 1595 non è per ciò una questione di capacità. Esso fu introdotto unicamente nell'interesse dei legittimari. La legge decide dunque una questione d'indisponibilità.

41. Se la vendita ha luogo fuori dei tre casi consentiti dal codice, è nulla. La legge non pronuncia la nullità, è vero, come fa negli articoli 1596 e 1597, ma la dicitura esplicitamente proibitiva dell'art. 1595 implica la nullità: « Il contratto di vendita *non può aver luogo* fra coniugi che nei tre casi seguenti ». Bisogna dunque applicare il principio generale che abbiamo stabilito in questa materia (v. I, n. 61), che la forma proibitiva è annullante e importa la nullità. Ma non solo la forma è annullante. La natura stessa della disposizione e i motivi sui quali è fondata esigono come sanzione la nullità. Trattasi di uno di quei casi nei quali, secondo la dottrina e la giurisprudenza, bisogna ammettere la nullità virtuale (4).

Si è preteso che l'atto, nullo come vendita, può valere come donazione nella dottrina che la giurisprudenza ha consacrata.

---

(1) Rigetto, 11 maggio 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 456). Cfr. DURANTON, t. XVI, pagina 181, nn. 151 e 152. AUBRY e RAU, t. IV, p. 351, nota 29, § 351.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 42, n. 22 *bis* II-III.

(3) VALETTE e BUGNET (MOURLON, t. III, p. 211, n. 503).

(4) AUBRY e RAU, t. IV, p. 352, nota 31, § 351.

Essa dichiara valide le donazioni fatte sotto forma di contratti onerosi. Noi abbiamo combattuto questa dottrina. Anche ammettendola, si dovrebbe decidere tuttavia che la vendita fra coniugi, nulla come tale, non può valere come liberalità. Infatti, perchè una donazione possa essere simulata sotto la forma d'un contratto oneroso, bisogna che questo contratto sia valido come tale. Ora, la vendita fra coniugi è nulla come contratto oneroso, e quindi è impossibile che valga come donazione. L'atto è colpito di nullità assoluta. Esso non può valere come vendita, nè, per conseguenza, come donazione simulata e non può valere come donazione diretta, poichè le solennità della donazione non sono state osservate (1).

42. Quale è il carattere della nullità e chi può invocarla? La nullità non essendo che virtuale, vale a dire fondata sulla volontà tacita del legislatore, bisogna vedere in quale interesse egli abbia proibito la vendita. Noi abbiamo dato i motivi secondo i lavori preparatorii e secondo gli scrittori. Se la vendita è fatta in frode dei creditori, è sottinteso che questi possono impugnarla. È il diritto comune (art. 1167). Il motivo principale della legge è ch'essa ha voluto impedire liberalità che eccedano la disponibile, o che siano irrevocabili. È dunque nell'interesse del donante e de' suoi eredi legittimari che la nullità è stabilita, non nell'interesse del donatario. Bisogna conchiuderne che la nullità è relativa e che l'atto non può essere impugnato se non da quello dei coniugi la cui volontà si suppone non sia stata libera. Se si considera la vendita come nulla in forza dell'incapacità dei coniugi, bisogna dire che, essendo tutti e due i coniugi dichiarati incapaci, possano entrambi domandare la nullità. Del resto, la questione non è che teorica in quanto concerne il donatario. Esso non domanderà certo la nullità d'un atto che simula una liberalità in suo favore, liberalità ch'egli ha sorpreso, si suppone, abusando dell'influenza che esercitava sul proprio coniuge (2).

N. 2. — Degli amministratori e mandatarii.

I. — Articolo 1596.

43. A termini dell'art. 1596, « non possono essere aggiudicatari i tutori, relativamente ai beni delle persone sottoposte alla loro tutela; i procuratori dei beni che sono incaricati di vendere; gli amministratori, dei beni dei comuni o degli istituti

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 183, n. 153. AUBRY e RAU, t. IV, p. 352, nota 32, § 351. In senso contrario, TROPLONG, p. 117, n. 185. DUVERGIER, t. I, p. 220, numero 183.

(2) Vedi, in senso diverso, AUBRY e RAU, t. IV, p. 352, nota 32, § 351, e COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 41, n. 22 *bis* I.

pubblici affidati alla loro cura; i pubblici ufficiali, dei beni demaniali le cui vendite s'eseguiscono mediante il loro ministero ».

Qual'è il motivo di questo divieto? Il relatore del Tribunato risponde che non si è voluto mettere l'interesse personale alle prese col dovere, senza dubbio perchè si è temuto che, in questo conflitto, il dovere fosse sacrificato all'interesse. Il tutore, scrive Faure, che vende i beni del suo pupillo deve fare in modo d'ottenerne il più alto prezzo possibile, poichè così esige il maggior vantaggio del minore ch'egli rappresenta. Se gli fosse permesso di rendersi aggiudicatario, il suo interesse lo inviterebbe a vendere al più basso prezzo. Gli è lo stesso degli altri amministratori incaricati di vendere in nome ed a profitto dei loro committenti (1).

44. Nell'antico diritto, i tutori potevano comperare i beni del pupillo ai pubblici incanti. Si supponeva che la pubblicità della vendita mettesse il tutore nell'impossibilità di nuocere al minore. Il codice non ha mantenuto tale eccezione. Il vocabolo *aggiudicatorio* di cui si serve suppone una vendita pubblica. Questa severità si giustifica con una ragione semplicissima. Se il tutore potesse rendersi aggiudicatario in una vendita pubblica, avrebbe cura d'allontanare la concorrenza, dando indicazioni inesatte sui beni esposti in vendita. Il pericolo che la legge ha voluto evitare sussiste dunque anche per le vendite pubbliche. Per impedire che gl'interessi del minore fossero sacrificati, bisognava rendere assoluto il divieto (2).

45. La giurisprudenza ammette un'eccezione al divieto che colpisce il tutore, nel caso di licitazione di beni indivisi fra lui e il suo pupillo. Siccome il codice non menziona questa eccezione, si potrebbe credere ch'essa sia contraria al principio elementare secondo il quale non vi ha eccezione senza legge, ma questo principio non è applicabile quando l'eccezione è implicita nella disposizione stessa cui deroga. Così accade nella specie, come ha stabilito benissimo la Corte di Montpellier. Anzitutto il testo dell'art. 1596 non è più applicabile quando i beni licitati sono indivisi fra il tutore e il pupillo. La legge non s'applica che alla vendita dei beni *appartenenti a minori*. Ora, se i minori hanno diritti indivisi sopra beni aggiudicati alla loro madre tutrice, non si può dire che questi beni appartenessero loro. Non siamo dunque nella lettera della legge che stabilisce il divieto; e ciò basta già per decidere che il divieto è inapplicabile, poichè le incapacità sono di stretto diritto. Lo spirito della legge è in armonia col valore letterale dei suoi termini. Quale è lo scopo del legislatore? Di proteggere il minore contro un tutore che fosse tentato di sacrificare il proprio dovere al suo

---

(1) FAURE, *Relazione al Tribunato*, n. 14 (LOCRÉ, t. VII, p. 91).
(2) DURANTON, t. XVI, p. 166, n. 133.

interesse. Ciò suppone che gl'interessi del tutore siano in opposizione cogl'interessi del minore. Ora, quando il tutore e il suo pupillo sono comproprietari per indiviso, i loro interessi sono identici: i maggiorenni non possono tutelare i loro interessi che tutelando quelli dei minorenni. L'interesse di tutti i comproprietari essendo che il prezzo della licitazione sia quanto più possibile elevato, fa d'uopo che tutti possano prender parte alla licitazione (1). Aggiungeremo che vi ha un motivo giuridico il quale milita in favore del tutore, ed è che, essendo egli comproprietario, deve avere diritto di concorrere alla licitazione della cosa comune fra lui e il pupillo. Egli non è nella condizione d'un tutore che non ha alcun diritto sulla cosa che vorrebbe acquistare. Ora, se la legge non vuole che il tutore comprometta gl'interessi del pupillo, non può viceversa togliere al tutore un diritto che gli spetta come proprietario.

Nel caso deciso dalla Corte di Montpellier vi era un lieve dubbio. La madre era usufruttuaria dei beni appartenenti ai suoi figli. Si poteva considerarla, a questo titolo, come comproprietaria? La Corte risponde che, essendo l'usufrutto uno smembramento della proprietà, la madre era realmente comproprietaria per indiviso degli immobili licitati. In diritto, la cosa è dubbia, ma vi ha un altro motivo di decidere. Se noi riconosciamo al tutore comproprietario il diritto di licitare, è perchè egli è proprietario e la legge non ha potuto spogliarlo d'una facoltà inerente alla proprietà. Ora, anche l'usufruttuario ha un diritto sulla cosa, diritto che gli permette di concorrere alla licitazione dell'immobile di cui possiede uno smembramento. La legge non può spogliare del suo diritto un usufruttuario come non può spogliarne un proprietario (2). Per la identica ragione, è stato giudicato che il tutore il quale ha un credito ipotecario sull'immobile dal suo pupillo può concorrere all'incanto. Egli pure ha un diritto da tutelare, un diritto sulla cosa, che le nostre leggi assimilano ad uno smembramento della proprietà. Egli ha dunque, al pari dell'usufruttuario, la facoltà di licitare (3).

46. La legge proibisce ai tutori di rendersi aggiudicatari dei beni di coloro di cui hanno la tutela. A chi si applica questo divieto? Va da sè che s'applica a tutti coloro che hanno la qualità di tutore, e quindi al contutore (4). A nostro avviso, è altrettanto evidente ch'esso non s'applica a coloro che non sono tutori, quindi nè al protutore, nè al curatore, nè al consulente giudiziario. Il testo stesso della legge lo dice.

---

(1) Montpellier, 10 giugno 1862 (Dalloz, 1863, 2, 30). Nello stesso senso, Parigi, 14 agosto 1866 (Dalloz, 1867, 2, 120).
(2) Parigi, 12 aprile 1856 (Dalloz, 1856, 2, 228).
(3) Aix, 27 gennaio 1870 (Dalloz, 1872, 2, 53).
(4) Parigi, 28 gennaio 1846 (Dalloz, v. *Vendita*, n. 448).

A termini dell'art. 1594, « possono comperare o vendere tutti coloro cui non è vietato dalla legge ». Vi ha una legge che interdica questa facoltà ai protutori, ai curatori ed ai consulenti? No. Essi non sono dunque compresi nell'eccezione, che è l'incapacità, e quindi restano sotto l'impero della regola, che è la capacità. Che cosa si oppone al testo ed ai principii? L'analogia. Abbiamo detto più volte che l'argomentazione analogica non è permessa nelle materie eccezionali, perchè conduce a estendere le eccezioni, vale a dire a crearne, il che rientra nelle facoltà del solo legislatore. Insistiamo su questo punto, perchè, precisamente nella specie, si vede quanto sia pericoloso procedere per analogia quando si tratta d'eccezioni. Si pretende che il protutore sia compreso nel divieto, perchè vi ha lo stesso motivo di dichiararlo incapace. Ebbene, questa analogia, ammessa dagli uni, è negata dagli altri, di modo che l'interprete corre pericolo d'estendere l'eccezione a un caso pel quale non è stabilita. Non vi ha alcuna analogia. Il divieto colpisce gli amministratori, coloro che sono incaricati di vendere, coloro che, conoscendo i beni, avrebbero il mezzo di nuocere al minore allontanando i compratori. Ma il protutore amministra forse? No. Il protutore è forse incaricato di vendere? No. Conosce egli forse i beni ed è a lui forse che i terzi si rivolgono per ottenere schiarimenti? No. Dunque non vi ha lo stesso motivo di decidere.

Si insiste, e si dice che deve valere il principio secondo il quale *nemo potest esse auctor in rem suam*. Rispondiamo che questa massima non è consacrata dai nostri testi, e quindi non si può invocarla contro la legge. Che cosa vuol dire essa, dopo tutto, e perchè la si oppone al protutore? Chi ha un interesse personale in un affare non deve intervenirvi, quando è incaricato di vegliare agli interessi della parte avversa ch'egli rappresenta o che autorizza. Ecco il motivo sul quale è fondato il divieto dell'art. 1596. L'obbiezione non fa dunque che riprodurre in altri termini l'argomentazione analogica, ma non è sopra ragionamenti che può fondarsi una incapacità, sebbene soltanto sui testi.

La questione è controversa, e gli scrittori come le sentenze sono divisi (1). Essa si è presentata davanti la Corte di cassazione. Dopo lunga deliberazione in Camera di consiglio, la sezione civile ha cassato la sentenza della Corte di Tolosa che aveva esteso l'incapacità al protutore. La Corte invoca i principii che abbiamo sviluppati. Essa non dice non potersi argomentare per via d'analogia, nelle materie eccezionali, ma stabilisce che non vi ha lo stesso motivo di decidere. Ne conchiude che non si potrebbe, senza estendere la legge oltre i limiti nei quali ha voluto racchiudersi, comprendere il protutore nel divieto pro-

(1) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. IV, p. 348, nota 12, § 351. DUVERGIER (t. I, p. 225, n. 188) tratta benissimo la questione.

nunciato dagli articoli 1596 e 450 (1). È una sentenza di massima, e d'allora in poi pare che la giurisprudenza si sia conformata all'opinione consacrata dalla Corte suprema con motivi che crediamo inconfutabili (2).

La questione è controversa anche per ciò che riguarda i curatori e i consulenti giudiziari (3). Siccome i motivi del decidere sono identici, è inutile ripetere quanto abbiamo già detto. Ci contenteremo di notare che non vi ha alcuna analogia fra la condizione del curatore e quella del tutore. Il primo assiste il minore nei rarissimi casi in cui la legge richiede questa assistenza. Egli è, del resto, completamente estraneo all'amministrazione dei beni, poichè è lo stesso minore emancipato che amministra. Quanto al consulente giudiziario, egli non assiste nemmeno il prodigo o l'infermo di mente. Egli dà il suo consiglio nei casi determinati dalla legge. Bisogna dunque estendere ai curatori e dei consulenti ciò che la Corte di cassazione dice dei protutori. Essi non vanno compresi nel divieto, e il giudice non ha il diritto di estenderlo. In appoggio della nostra opinione citeremo anche quanto Troplong dice in favore dell'opinione contraria: « Vi ha, egli osserva, una incompatibilità che supplisce al *silenzio della legge* » (4). Così vi ha silenzio della legge, e la dottrina viene a colmare questa lacuna fondandosi sopra una pretesa incompatibilità. Ma questo vuol dire, letteralmente, sostituirsi al legislatore.

47. I mandatarii non possono rendersi aggiudicatarii dei beni che sono incaricati di vendere. Che dovrà dirsi se sono incaricati, non di venderli, ma di amministrarli? Qui si potrebbe invocare l'analogia, ma i principii non lo permettono. La Corte di cassazione ha giudicato in questo senso. La sua decisione conferma pienamente la nostra dottrina. A termini dell'art. 1594 possono comperare tutti coloro cui non è vietato dalla legge. Le eccezioni a questa regola che contiene l'art. 1596 devono, come ogni altra eccezione, essere interpretate in senso restrittivo. Ne consegue che il divieto fatto al mandatario di rendersi aggiudicatario dei beni che è incaricato di vendere non può estendersi al mandatario a riguardo dei beni che è incaricato di amministrare. Gli autori del codice si sono allontanati, su questo punto, dal divieto più largo che era pronunciato dal diritto comune. L'invocazione si spiega *a sovrabbondanza*, dice la Corte, colla differenza che esiste fra i due mandati, poichè, nel mandato d'alienare, il proprietario ha dato al mandatario la

---

(1) Cassazione, 21 dicembre 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 314).

(2) Agen (in seguito a rinvio), 13 giugno 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 183). Grenoble, 4 gennaio 1854 (DALLOZ, 1856, 2, 188). Nello stesso senso, Liegi, 4 giugno 1845 *Pasicrisie*, 1847, 2, 134).

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 348, nota 13, § 351, e le autorità, in vario senso, che vi sono citate.

(4) TROPLONG, p. 119, n. 187.

disposizione della sua cosa e la facoltà di fissare le condizioni della vendita che ne sarà fatta, mentre nel mandato d'amministrare è egli stesso che discute le condizioni e determina il prezzo (1). La Corte risponde *a sovrabbonbanza* all'argomento d'analogia, il che implica che, quand'anche non vi fosse alcuna ragione della differenza che l'art. 1596 stabilisce fra il mandato d'alienare e il mandato d'amministrare, quand'anche vi fosse perfetta analogia, bisognerebbe ancora attenersi ai termini restrittivi della legge. È questa la dottrina più accettabile.

48. L'art. 1596 dichiara incapaci d'acquistare anche gli amministratori dei comuni e degli istituti pubblici, come ospedali, uffici di beneficenza, fabbricerie. Quali sono questi amministratori? I consiglieri comunali, per esempio, o i provinciali sono amministratori e, come tali, incapaci d'acquistare? La soluzione della controversia dipende dalle leggi politiche, che restano fuori della cerchia del nostro lavoro (2). Lo stesso è a dirsi dei pubblici ufficiali incaricati di vendere i beni del demanio.

49. L'art. 1596 dispone: « Non possono essere aggiudicatari nè direttamente *nè per interposta persona* ». Sta il principio che non si può fare indirettamente ciò che è proibito di fare direttamente. Sarebbe violare la legge eludendola. L'art. 1596 non dice quali persone si presumano interposte, come fanno gli articoli 911 e 1100. È dunque una questione di fatto. Va da sè che le presunzioni d'interposizione che la legge stabilisce negli articoli 911 e 1100 non possono essere estese alla vendita fatta per interposta persona. Spetterà all'attore provare l'interposizione, secondo il diritto comune (3).

50. Quale è il carattere della nullità? Tutti sono concordi nel ritenere che la nullità è relativa (4). Essa è stabilita nell'interesse di colui i cui beni sono venduti. Essi soli hanno dunque diritto d'invocarla. In generale, soltanto gli incapaci possono invocare l'incapacità e domandare la nullità che ne risulta (art. 1125), perchè la legge, dichiarandoli incapaci, vuole proteggerli contro sè stessi. Non è così dell'incapacità dell'art. 1596. Essa è stabilita contro gli incapaci, perchè la legge teme ch'essi abusino della loro posizione per avvantaggiarsi a spese di coloro di cui devono curare gli interessi. Si tratta meno di una incapacità che di un divieto.

---

(1) Rigetto, 8 dicembre 1862 (DALLOZ, 1863, 1, 142).
(2) Cfr. Rouen, 22 novembre 1870 (DALLOZ, 1873, 2, 200.
(3) DURANTON, t. XVI, p. 170, n. 139, e tutti gli autori. Liegi, 24 aprile 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 312).
(4) DURANTON, t. XVI, p. 170, n. 139, e tutti gli autori. Orléans, 11 febbraio 1841 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 468). Liegi, 24 aprile 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 312).

II. — Articolo 450.

51. L'art. 450, dopo aver stabilito il principio che il tutore rappresenta il minore in tutti gli atti civili e che deve amministrare i suoi beni da buon padre di famiglia, soggiunge: « Non potrà comprare o prendere in locazione i beni del minore, salvo che il consiglio di famiglia abbia autorizzato il protutore a fargliene l'affitto, nè potrà accettare la cessione di alcuna ragione o credito contro il suo pupillo ». La prima parte di questa disposizione è riprodotta, per ciò che riguarda la vendita, dall'art. 1596, che abbiamo già spiegato. Ci resta a parlare della cessione. Ne trattiamo nella parte generale della vendita, sebbene il codice abbia un capitolo a parte consacrato alla cessione, perchè i motivi pei quali il legislatore proibisce al tutore di comperare un credito contro il suo pupillo sono in sostanza quegli stessi che hanno fatto stabilire il divieto dell'art. 1596. Se il tutore potesse rendersi cessionario d'un credito contro il minore, si troverebbe posto fra il suo interesse e il suo dovere. Se il contratto è vantaggioso, il tutore deve farlo per conto del pupillo. Se si tratta, al contrario, d'un credito dubbio, ch'egli compera a basso prezzo per esigerlo tutto intiero contro il minore, manca al suo dovere d'amministratore. Egli deve contestare i diritti litigiosi, invece di speculare in danno di colui che è chiamato a proteggere. Queste speculazioni favorirebbero anche la frode. Il tutore potrebbe intendersi col preteso creditore per far rivivere un credito già estinto (1).

52. Il divieto è concepito nei termini più ampli e generici. Non si tratta soltanto della cessione d'un *credito*, la legge aggiunge la parola *diritto*, che comprende anche i diritti reali. Basta, secondo il testo, che il diritto ceduto implichi una obbligazione o un onere contro il pupillo. Se la cessione, al momento in cui è fatta, non desse alcuna azione al tutore, nè contro la persona nè sui beni del pupillo, non sarebbe più vietata (2). Il tutore si rende cessionario d'un credito dipendente da una successione alla quale il minore aveva regolarmente rinunciato. Se, divenuto maggiorenne, il pupillo accetta l'eredità, la cessione rimarrà valida. Il minore non può, supponendo che gli sia lecito di ritornare sulla sua rinuncia, ledere un diritto acquisito (3).

Diciamo che i termini della legge sono generici. Essi s'applicano a qualunque diritto, purchè la trasmissione del medesimo si faccia

(1) Proudhon, *Trattato sullo stato delle persone* (ed. di Valette), t. II, p. 398. Demolombe, t. VII, p. 529, n. 756.
(2) Agen, 23 gennaio 1844 (Dalloz, 1845, 4, 515).
(3) Nîmes, 20 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 245).

mediante una cessione, vale a dire con una vendita, perchè tale è il senso della parola *cessione* nel linguaggio del codice, benchè il trasferimento d'un credito possa aver luogo anche a titolo gratuito. Non vi ha dubbio quando il tutore acquista il credito come erede o legatario. L'eredità e il legato non possono essere chiamati col nome di cessione. Se il credito fosse donato tra vivi, vi sarebbe cessione, prendendo questa parola nel suo più largo significato, ma lo spirito della legge toglie ogni dubbio. Ciò che la legge ha temuto è che il tutore speculi a danno del pupillo. Ora, il titolo gratuito esclude ogni idea di speculazione (1). È questa l'opinione generale, salvo il dissenso di Zachariae (2).

53. L'art. 450 vieta al tutore d'accettare la *cessione* d'un credito contro il pupillo. Questo divieto si applica alla surrogazione? La negativa è certa trattandosi di surroga legale, poichè il tutore non l'*accetta*, compiendosi essa di pien diritto in virtù della legge. Noi crediamo che avvenga lo stesso della surrogazione convenzionale, benchè la questione sia controversa. Vi hanno differenze essenziali fra la surroga e la cessione. Ciò basta per eliminare un divieto che è essenzialmente di stretta interpretazione. Dal momento che non si versa nei termini del divieto, si rientra nella regola che consacra la libertà di contrattare. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Essa vuole impedire al tutore di speculare a spese del pupillo. Ora, la surrogazione, anzichè essere una speculazione pericolosa pel minore, è un'operazione a lui favorevole. Trattasi di un pagamento che si fa nell'interesse del debitore. Se il creditore consente a ricevere in pagamento una somma minore dell'importo nominale del credito, il tutore non potrà ripetere contro il pupillo che la somma sborsata. Egli non può dunque speculare in suo danno. Senza dubbio la surrogazione può nascondere una cessione. È sottinteso che, in questo caso, cade sotto il divieto dell'art. 450 (3).

54. L'art. 450 non pronuncia la nullità come sanzione del divieto che stabilisce, ma la nullità è virtuale. L'intenzione del legislatore non lascia luogo a dubbio, poichè l'art. 1596, che riproduce la prima disposizione dell'art. 450, soggiunge: *sotto pena di nullità*.

Quale è il carattere della nullità? È dessa assoluta o relativa? Bisogna applicare alla cessione quanto abbiamo detto della nullità della vendita pronunciata dall'art. 1596 (n. 50). Unicamente nell'interesse del minorenne la legge vieta al tutore di

---

(1) Valette, *Spiegazione sommaria del libro I del codice Napoleone*, p. 241.

(2) Aubry e Rau, t. I, p. 472, nota 5, § 116.

(3) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da Aubry e Rau, t. I, p. 472, nota 6, § 116. Bisogna aggiungere, nel senso della nostra opinione, Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. I, p. 465, n. 650.

comperare un credito contro il suo pupillo. La nullità è dunque di sua natura relativa. Se il pupillo la invoca, la cessione si considererà come non avvenuta. Conseguentemente, il creditore conserverà i suoi diritti contro il minore salvo a rimborsare al tutore il prezzo ricevuto. La novella di Giustiniano (72, 5) andava oltre, e dichiarava il minore, liberato. Questa decadenza non fu ammessa nei paesi consuetudinari, e il codice non la riproduce; il che decide la questione, perchè non può esservi pena senza legge (1).

Il minore può dunque mantenere la cessione. Si domanda se, in questo caso, egli può farsi liberare dal tutore rimborsandogli il prezzo della cessione medesima. La questione è controversa. Pare a noi che il diritto di retratto non possa essere ammesso che in virtù d'una legge, poichè conduce ad espropriare il cessionario d'un credito che si trova nel suo dominio. L'art. 1699 accorda questo diritto al debitore ceduto quando il credito è litigioso. La legge non lo concede al pupillo. Questa considerazione è decisiva. Si obbietta che il legislatore vieta la cessione. Abbiamo risposto anticipatamente all'obbiezione osservando che il divieto non è stabilito che per tutelare gli interessi del minore. Questi ha la scelta. Egli può chiedere la nullità o mantenere la cessione. Se la mantiene, deve anche eseguirla, pagando il debito integrale. Si dice che il beneficio che il tutore ritrae dalla cessione è illegittimo, nel senso che avrebbe dovuto fare l'affare per conto del pupillo. Ma così si eccedono le esigenze della legge. Essa non fa al tutore un dovere di speculare in nome del pupillo e nel di lui interesse, ma gli proibisce soltanto di speculare nel suo proprio interesse, e dà al minore il mezzo di rendere nulla tale speculazione. Andare oltre è far approfittare il minore del contratto. La legge non gli accorda questo diritto (2).

N. 3. — Dei magistrati, avvocati ed ufficiali ministeriali.

55. « I giudici, i regi procuratori, i cancellieri, gli uscieri, i patrocinatori, i difensori officiosi ed i notai non possono essere cessionari delle liti, dei diritti ed azioni litigiose che sono di competenza del tribunale nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni ». Il testo dell'art. 1597 richiede qualche spiegazione.

La legge parla dei *giudici* e dei loro supplenti. Essa non dice

(1) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. I, p. 464, n. 649, e tutti gli autori.

(2) Valette, *Spiegazione sommaria del libro I del codice civile*, p. 240. Massé e Vergé in Zachariae, t. I, p. 446, nota 3. De Fréminville, *Trattato della minorità*, t. II, p. 250, n. 795. In senso contrario, Aubry e Rau, Ducaurroy e Demolombe.

nulla dei magistrati delle Corti d'appello e della Corte di cassazione, che portano il titolo di *consiglieri*. Gli è perchè, al momento della pubblicazione del codice, tutti i magistrati erano designati col nome generale di giudici. I membri delle Corti superiori sono dunque compresi nel testo. Si dica lo stesso della parola *tribunale*. La parola *Corte* non era in uso al momento della pubblicazione del codice civile: si diceva *il tribunale di cassazione*. Va da sè che l'espressione di cui si serve il codice comprende tutte le giurisdizioni, L'articolo 1597 menziona anche i *difensori officiosi*. Si dava questo nome agli avvocati dopo che l'assemblea costituente aveva soppresso il loro ordine. Esso fu ristabilito colla legge del 22 ventoso anno XII, posteriormente alla redazione definitiva del titolo della *Vendita*, decretato il 3 ventoso dello stesso anno (1). Le incapacità essendo di stretta interpretazione, ne consegue che quelle stabilite dall'art. 1597 non possono essere estese a funzionari od ufficiali che non sono compresi nel testo della legge. In applicazione di questo principio è stato giudicato che gli scrivani dei notai possono rendersi cessionari di diritti litigiosi, salvo alle parti che domandano la nullità della cessione a provare, se è il caso, che lo scrivano è persona interposta. È elementare che le persone dichiarate incapaci di comperare non possono fare indirettamente, o per interposte persone, ciò che la legge vieta loro di fare in via diretta (2)

56. Quali sono i motivi del divieto pronunciato dall'art. 1597? Importa precisarli, perchè ne dipende il carattere della nullità. Portalis li ha esposti nel suo discorso: « Nell'antica Roma, i governatori non potevano nulla acquistare nell'estensione del loro governo, e i magistrati non potevano nulla acquistare nella circoscrizione della loro giurisdizione. Si voleva allontanare da loro perfino il sospetto che potessero mescolare viste d'interese privato ai grandi interessi pubblici confidati alla loro sollecitudine. Una folla di decreti intervenuti in forma di regolamenti hanno costantemente pronunciato la nullità delle aggiudicazioni fatte a giudici. Si è pensato che il *titolo pubblico* della loro carica li assoggetta a maggiori precauzioni che le *persone private*, per metterli al coperto dal sospetto d'*abusare della loro autorità* nelle occasioni in cui non possono e non devono mostrarsi che come *magistrati*. Le ordinanze hanno sempre vietato ai giudici e a tutti coloro che esercitano qualche funzione giudiziaria o qualche ministero presso i tribunali di rendersi cessionari di diritti litigiosi. *Questa disposizione è la salvaguardia dei giudicabili. Il giudice è creato per porre termine alle contestazioni delle parti, e non per farne traffico.* Egli non può e

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 451, nota 1, § 359[1]. DUVERGIER, t. I, p. 234, n. 196.
(2) Bruxelles, 24 maggio 1818 (*Pasicrisie*, 1818, 2, 197).

non deve intervenire fra i cittadini che come *ministro delle leggi*, e non come agente degli interessi, dell'odio e della passione degli uomini; s'egli discende vergognosamente dal suo tribunale, se abbandona l'*augusto sacerdozio* che esercita per cambiare la sua qualità d'*ufficiale giudiziario* contro quella di compratore d'azioni, *avvilisce l'onorevole carattere di cui è rivestito, minaccia,* collo *scandalo* dei suoi *procedimenti ostili* e *interessati,* le famiglie ch'egli non deve che rassicurare coi suoi *lumi* e colle sue *virtù,* cessa di essere *magistrato,* non è più che *oppressore.* Il divieto fatto ai giudici di acquistare azioni litigiose non è dunque che una conseguenza necessaria dei *principii religiosi che vegliano sulla santità del loro ministero.* Importa alla *società* che coloro dai quali deve esser resa giustizia possano essere rispettati come se fossero la *giustizia stessa* » (1).

Portalis non parla che dei magistrati. Si può dire altrettanto di tutti coloro che partecipano all'amministrazione della giustizia. La loro influenza è minore, e conseguentemente meno pericolosa, ma i motivi d'interesse sociale restano i medesimi. Troplong dice benissimo, parlando degli avvocati, dei procuratori, degli uscieri e dei cancellieri, che il loro onorevole ministero deve essere puro da ogni sordido traffico e da ogni vile speculazione sulla condizione dei poveri litiganti. La legge si è preoccupata anche dell'interesse delle parti che sono nel caso di litigare, poichè si tratta di diritti litigiosi. Il relatore del Tribunato insiste su questo lato della questione: « Se questa incapacità non esistesse, sarebbe a temersi che i magistrati molestassero i litiganti colla loro influenza e li costringessero a fare in loro favore considerevoli sacrifici per sbarazzarsi d'avversarii tanto pericolosi » (2). Ecco i motivi ufficiali della legge. Ne dedurremo più avanti le conseguenze.

57. Il divieto stabilito dalla legge non è assoluto. L'articolo 1596 lo limita ai diritti ed alle azioni litigiose che sono di competenza del tribunale nella cui giurisdizione i magistrati, gli avvocati e gli ufficiali ministeriali esercitano le loro funzioni. Che cosa deve intendersi con le parole: *che sono di competenza del tribunale?* La legge definisce ciò ch'essa intende per *competenza del tribunale* aggiungendo: *nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni.* Basta dunque che per la giurisdizione nella quale le persone incapaci esercitano le loro funzioni l'affare possa essere portato avanti al tribunale al quale sono addetti. Non vi ha alcuna difficoltà quanto ai tribunali inferiori. Ogni azione può essere portata, almeno in prima istanza, davanti i tribunali di circondario quando si tratta di beni situati nella

---

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, nn. 16 e 17 (LOCRÉ, t. VII, p. 72).
(2) FAURE, *Relazione al Tribunato*, n. 15 (LOCRÉ, t. VII, p. 91). Cfr. GRENIER, *Discorsi*, n. 13, p. 109.

giurisdizione del tribunale, o di persone che vi hanno il loro domicilio. L'incapacità è limitata alla giurisdizione. Un giudice di prima istanza può dunque rendersi cessionario di un diritto litigioso che, per la giurisdizione, deve essere portato davanti un altro tribunale. Quanto alla Corte di cassazione, essa è competente per tutto il regno, nè vi ha luogo a distinguere la natura degli affari e l'importo del litigio. L'incapacità dei magistrati, avvocati ed ufficiali ministeriali addetti a questa Corte è dunque assoluta. Non così dei tribunali d'appello. La loro giurisdizione è limitata, e la legge limita anche l'importo pecuniario degli affari che sono soggetti ad appello. Nasce allora la questione di sapere se, nel senso dell'art. 1597, un diritto litigioso è di competenza d'una Corte d'appello se, per la sua giurisdizione, l'affare può essere portato davanti questa Corte. O occorre inoltre che l'affare sia soggetto ad appello? Si è sostenuto che i diritti litigiosi non erano di competenza della Corte d'appello quando, per l'importo del credito, la causa non era soggetta ad appello. Pare una cosa razionale, ma è contraria al testo. La Corte è competente anche per le cause che sono giudicate in ultima istanza dal tribunale di circondario. E non è esatto il dire che le cause le quali, secondo la loro natura, sono giudicate in ultima istanza non sono suscettibili d'essere portate davanti la Corte d'appello. La questione di sapere se vi ha luogo ad appello è sovente difficilissima a decidersi. Davanti a qual Corte l'appello, fondato o no, sarà portato? Davanti la Corte nella cui giurisdizione si trova il tribunale che ha conosciuto dell'affare in prima istanza. Dunque è questa la Corte competente, il che è decisivo (1).

La giustizia di pace dà luogo ad una particolare difficoltà. Quando il giudice di pace siede come magistrato, si applica l'articolo 1597, secondo l'interpretazione che gli abbiamo data. Ma egli ha anche una missione di conciliazione. È stato deciso che il giudice di pace non aveva potuto acquistare un diritto litigioso su cui era intervenuto un tentativo di conciliazione (2). Ma la soluzione è dubbia. Il giudice di pace che siede come conciliatore è un giudice, e quindi non gli si può applicare un divieto che riguarda soltanto i giudici.

58. Che cosa si deve intendere per *diritti e azioni litigiose?* La questione sta nel sapere se si debba applicare all'art. 1597 la definizione che l'art. 1700 dà dei diritti litigiosi in questi termini: « La cosa si ritiene litigiosa quando vi sia *lite* e contestazione sul merito della medesima ». Si ammette generalmente la negativa, ed a ragione. Secondo il significato ordinario delle parole

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 452 e nota 3, § 359. In senso contrario, MARCADÉ, t. VI, p. 192, n. I dell'art. 1597.

(2) Lione, 1.° luglio 1839 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 1988). In senso contrario, AUBRY e RAU, t. IV, p. 452, nota 2, § 359[1].

un diritto è litigioso, non solo quando forma materia d'una lite già esistente, ma anche quando pare suscettibile d'essere contestato con qualche fondamento. L'art. 1700 limita dunque il senso volgare dell'espressione *diritto litigioso* (1). Tutto attesta che l'art. 1596 usa le parole *diritti litigiosi* nel senso volgare. Anzitutto, tale è la tradizione. « Si chiamano crediti litigiosi, dice Pothier, quelli che sono contestati o possono esserlo in tutto o in parte da colui che si pretende essere debitore, sia la lite già cominciata, o non ancora, purchè sia possibile di iniziarla » (2). Portalis riassume questa definizione nell'*Esposizione dei motivi* dicendo che la legge vieta a certe persone di rendersi cessionarie di diritti od azioni litigiose che *sono o possono essere portate* davanti il tribunale nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni. È vero che Faure, nella sua relazione al Tribunato, riproduce la definizione dell'art. 1700, applicandola al divieto dell'art. 1597, ma il suo errore è evidente, e il testo stesso del codice lo prova. Infatti, l'art. 1597 comincia col dire che le persone ivi designate non possono rendersi cessionarie delle *liti*. Ecco il caso previsto dall'art. 1700. Si suppone già che esista la contestazione. Poscia la legge soggiunge: *diritti e azioni litigiose*. Queste parole non possono più comprendere le liti di cui si è appena parlato, e quindi devono significare i diritti suscettivi di essere contestati giudizialmente. L'interpretazione che noi diamo al testo è in armonia anche collo spirito della legge. Il legislatore si mostra più severo nel caso previsto dall'art. 1597 che quando si tratta del retratto dei crediti litigiosi al quale si applica la definizione dell'art. 1700. In quest'ultima ipotesi, non sono in giuoco che interessi privati, mentre il divieto dell'art. 1597 è fondato su motivi d'ordine pubblico. Infine, vi ha una considerazione di fatto decisiva, ed è che, nell'ipotesi dell'art. 1597, non vi ha luogo a distinguere la lite iniziata dal diritto che può dar luogo ad una lite. I magistrati, avvocati, ufficiali ministeriali, possono abusare della loro influenza tanto prima che la lite sia cominciata quanto durante la lite. Anzi è ordinariamente prima di portare l'affare davanti i tribunali che le parti andranno a consultare gli uomini di legge, e quindi la loro influenza è a temersi in ispecie prima della lite. La giurisprudenza, dopo qualche esitanza, si è pronunciata in favore di questa opinione, che è insegnata da tutti gli scrittori (3).

59. Resta a sapersi quando un diritto è litigioso. Dalla definizione che ne dà Pothier (n. 58) risulta trattarsi di una questione

---

(1) È l'osservazione della Corte di Rennes, 14 dicembre 1810 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 1995).

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 583.

(3) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. V, p. 1453, nota 5, § 359[4]. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 44, n. 24 *bis* I.

di fatto. Tutti gli autori avvertono che non basta, perchè un diritto sia litigioso, che chi domanda la nullità sostenga che il diritto fosse suscettibile di contestazione. Spetta al tribunale apprezzare se il diritto era suscettibile di seria controversia (1). La Corte di cassazione ha deciso che la questione di sapere se un diritto sia litigioso è lasciata all'apprezzamento sovrano dei giudici del fatto (2).

Si presentano però alcune difficoltà riguardanti il diritto. Supponiamo che un diritto sia certo e quanto alla sua esistenza e quanto alla sua portata, ma insorgano difficoltà sull'esecuzione. Questo diritto sarà litigioso? La giurisprudenza si è pronunciata per la negativa (3). Non si è essa allontanata dal significato volgare della frase *diritto litigioso* per ricadere nella definizione dell'art. 1700? Che importa su cosa cade la lite dal momento che la lite esiste? Le parti sanno forse distinguere le difficoltà riguardanti il merito e quelle che concernono soltanto l'esecuzione? Dal momento che vi ha pericolo di una lite, si deve temere anche l'influenza di coloro che sono disposti ad abusare della loro scienza e della loro posizione in danno delle parti ignoranti.

60. Il patto conosciuto sotto il nome di *quota litis* cade sotto l'applicazione dell'art. 1597? Per *quota litis* s'intende una convenzione che interviene fra il creditore di un diritto litigioso ed una persona la quale s'incarica di procurargliene il pagamento mediante l'abbandono d'una quota parte del diritto, per esempio, il terzo o la metà. Questo patto era vietato nell'antica giurisprudenza alle stesse persone che erano dichiarate incapaci di acquistare diritti litigiosi (4). Generalmente si ammette che così accada pure sotto l'impero del codice civile. Noi crediamo, con Duvergier, che l'art. 1597 sia inapplicabile. La legge proibisce la *cessione* di diritti litigiosi, vale a dire la *compera*. Ora, il patto di *quota litis* non è una vendita del diritto, ma un mandato oneroso, o una locazione d'opera. Quello che si è obbiettato non ha alcun valore. L'uno sostiene che la parola *cessione* è più larga, più comprensiva che la parola *vendita* (5), il che implica una vera eresia. L'altro afferma che il codice, nel capo II, non parla soltanto della vendita propriamente detta, poichè l'art. 1595 vieta la dazione in pagamento. Si può dunque applicare l'art. 1597 alle convenzioni analoghe e che producono gli stessi inconvenienti (6).

---

(1) Liegi, 31 gennaio 1844 e 2 dicembre 1863 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 173, e 1865, 2, 191).

(2) Rigetto, 11 febbraio 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 242). Vedi le sentenze citate nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vendita*, nn. 2001-2003.

(3) Rigetto, 12 agosto 1812 e 19 giugno 1825 (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 2001, 1.° e 2.°). Bruxelles, 30 gennaio 1808 (DALLOZ, v. *Mariage*, n. 939, 1.°).

(4) MERLIN, *Repertorio*, v. *De quota litis*.

(5) DALLOZ, v. *Vendita*, n. 2010.

(6) MARCADÉ, t. VI, p. 195, n. II dell'art. 1597.

Ma il motivo non regge. La dazione in pagamento è sempre stata assimilata alla vendita, mentre non si può equiparare la cessione ad un mandato o una locazione d'opera.

Duvergier confessa che il patto di *quota litis* è iniquo. Perciò la disciplina del foro lo vieta agli avvocati nel modo più severo. Il dotto giureconsulto crede che se ne potrebbe domandare la nullità pel motivo ch'esso è contrario all'ordine pubblico (1). Infatti, le considerazioni invocate da Portalis per giustificare il divieto dell'art. 1597 si applicano alla convenzione di *quota litis*. Che importa che sia un mandato? Sempre sta che si avvilisce il santo ministero della giustizia macchiandolo coi sordidi calcoli della cupidigia. E sarebbe a temersi che il magistrato o l'avvocato mandatario non abusassero della loro influenza per far valere diritti che il creditore non avrebbe osato portare davanti i tribunali, ovvero per attribuirsi la maggior parte del credito, sotto il pretesto che è litigioso.

61. Non basta che il diritto sia litigioso quando il cessionario l'esercita: perchè la cessione sia colpita di nullità, deve aver avuto questo carattere al momento della cessione. Gli è all'epoca della convenzione che si deve sapere se vi ha una causa che la vizia. Se, in quel momento, non si potesse prevedere alcuna contestazione, la cessione sarà valida, nè gli incidenti che sopravvengano la vizieranno. Accade lo stesso della condizione relativa alla competenza. Un magistrato addetto a un tribunale di prima istanza acquista un credito che non era, per la giurisdizione, di competenza di quel tribunale. Posteriormente egli è nominato consigliere d'una Corte d'appello competente per giudicare la contestazione. La convenzione, valida da principio, non sarà nulla in conseguenza di un fatto che non poteva prevedere al momento della cessione. La giurisprudenza è in questo senso (2).

62. La legge contiene un'altra disposizione riguardante i diritti litigiosi. Essa accorda al debitore il diritto di retratto contro il cessionario mediante il rimborso del prezzo della cessione (art. 1699). Vi ha eccezione al diritto di retratto nei tre casi previsti dall'art. 1701: 1.° Quando la cessione siasi fatta ad un comproprietario del diritto ceduto; 2.° Quando fu fatta ad un creditore in pagamento di ciò che gli è dovuto; 3.° Quando sia stata fatta al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso. Si domanda se queste tre eccezioni sono applicabili al divieto stabilito dall'art. 1597. La questione non meriterebbe di essere formulata se non fosse stata male risolta da Grenier, nel discorso da lui pronunciato come oratore del Tribunato. Egli non esita ad estendere le eccezioni dell'art. 1701 ai magistrati,

(1) Duvergier, t. I, p. 239, n. 201.

(2) Vedi le sentenze riportate nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Vendita*, nn. 1993 e 1994.

avvocati od ufficiali ministeriali cessionari di diritti litigiosi. È un errore. Non si estendono disposizioni eccezionali, quand'anche vi fosse analogia, e, nella specie, l'analogia manca completamente. Non vi ha nulla di comune fra il diritto di retratto dell'art. 1699 e il divieto dell'art. 1597. Bisogna aggiungere che l'abuso d'influenza, in forza del quale la legge ha vietato a certe persone di rendersi cessionarie di diritti litigiosi potrebbe incontrarsi anche nei casi previsti dall'art. 1701. Infine, l'interesse della giustizia, l'onorabilità di tutti coloro che concorrono ed amministrarla, prevalgono all'interesse pecuniario che i magistrati, avvocati od ufficiali ministeriali potessero avere, in certe circostanze, ad acquistare diritti litigiosi. È questa l'opinione generale (1).

63. L'art. 1597 sanziona il divieto che pronuncia colla pena di nullità. Qual'è il carattere di questa nullità? È dessa assoluta o relativa? Chi può invocarla? Su tali questioni regna nella dottrina una grande incertezza. Marcadé sostiene che la cessione è inesistente, perchè fondata sopra una causa illecita. Ma ciò è assai dubbio (2). La causa è il motivo giuridico che induce le parti a contrattare. Lorchè la causa è illecita, la convenzione non può avere alcun effetto, e la causa è illecita quando è vietata dalla legge, quando è contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico. La cessione vietata dall'art. 1597 è fondata sopra una causa illecita, nel senso dell'art. 1133? Non vi ha nulla di più oscuro che la teoria della causa. A dire il vero, la causa non forma una condizione speciale richiesta per l'esistenza delle convenzioni. Le sole condizioni essenziali sono il consenso e l'oggetto. Non parliamo della solennità, poichè la vendita è un contratto non solenne. In materia di vendita bisogna aggiungere il prezzo. Ora, nella cessione vietata dall'articolo 1597, vi ha un prezzo, un oggetto e il consenso. Si aggiunge che la nullità è fondata sull'incapacità, ma l'incapacità non è una causa d'inesistenza dei contratti. Questo riflesso pare decisivo. Però rimane un dubbio. L'art. 1597, al pari degli art. 1595 e 1596, non pronuncia una vera incapacità. Essi stabiliscono divieti fondati gli uni sull'interesse privato, l'altro sull'interesse generale. Quando un divieto ha per fondamento l'ordine pubblico, non se ne deve indurre che ha una causa illecita, nel senso che il diritto litigioso non può formare l'oggetto di un contratto fra il creditore ed una delle persone enumerate nell'art. 1597? Tale sarebbe il nostro avviso.

La questione non è che teorica. Supponiamo che la cessione

---

(1) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. IV, p. 454, nota 12, § 539[4]. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 46, n. 24 *bis* V. Bisogna aggiungere Liegi, 22 dicembre 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 153).

(2) MARCADÉ, t. VI, p. 195, n. III dell'art. 1597. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. IV, p. 453, nota 9, § 539[4].

vietata abbia esistenza legale. La legge la dichiara nulla. Si tratta di una nullità d'ordine pubblico? Ovvero d'una nullità d'interesse privato? A nostro avviso, essa è d'ordine pubblico, il che conduce alla stessa conseguenza come se la cessione fosse inesistente, nel senso che ogni persona interessata può invocare la nullità, vale a dire non solo il cedente e il debitore ceduto, ma anche il cessionario. Noi abbiamo trascritti i motivi che gli oratori del Governo e del Tribunato danno del divieto stabilito dall'articolo 1597. Questi motivi sono essenzialmente d'interesse generale. Si tratta di mettere la giustizia al coperto dai vili calcoli della cupidigia, si tratta di assicurare l'onorabilità della magistratura. Non è questo il principale di tutti gli interessi? (1). Le obbiezioni che si fanno sono insignificanti. Non è questione, si dice, che della semplice violazione di un dovere professionale. Si è in forza della funzione o della professione che esercitano i magistrati, gli avvocati e gli ufficiali ministeriali che la legge vieta loro di acquistare diritti litigiosi, ma la giustizia non si rende di per sè stessa, le occorrono degli organi. Se questi organi sono macchiati, impuri, che cosa diverrà la giustizia? Si insiste e si dice che noi conduciamo ad un risultato immorale, dando al cessionario che ha commesso una colpa il diritto d'invocare questa colpa per domandare la nullità della cessione quando si troverà che la cessione è una cattiva speculazione (2). Ma si dimenticano i principii che reggono le nullità d'ordine pubblico. Quello che la legge vuole innanzi tutto si è che l'atto ch'essa colpisce di nullità per un interesse generale sia annullato. Per raggiungere questo scopo, essa fa appello a tutte le parti interessate, anche a quelle che sarebbero colpevoli. Chi contrae un secondo matrimonio avanti lo scioglimento del primo può domandarne la nullità; eppure è colpevole di un delitto! Vi ha qualche cosa di più immorale agli occhi del legislatore, ed è che l'atto vietato dalla legge sia mantenuto e produca effetti giuridici.

Generalmente è ammessa l'opinione contraria, ma gli scrittori non riescono a porsi d'accordo, il che non attesta in favore del principio che seguono. Per meglio dire, essi non s'intendono sul principio. I più ricercano i motivi pei quali la legge stabilisce la nullità nell'interesse dell'una o dell'altra delle parti interessate. L'uno trova che la nullità non è pronunciata che nel solo interesse del ceduto, e non può essere proposta che da lui (3). Altri pensano che la legge ha avuto riguardo anche alla condizione del cedente che ha subìto l'influenza abusiva del cessionario, e, per conseguenza, gli accordano l'azione di nullità (4). L'ultimo autore che ha scritto sulla

(1) È l'opinione di Duvergier, t. I, p. 238, n. 200.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 45, n. 24 *bis* III.
(3) Duranton, t. XVI, p. 174, n. 145.
(4) Aubry e Rau, t. IV, p. 453, e nota 3, § 539[1].

materia è d'avviso che la nullità sia fondata sull'incapacità (1). A questo titolo, il cedente deve avere il diritto d'agire, ma non si vede perchè il ceduto avrebbe l'azione, poichè esso non interviene nel contratto; eppure è dell'interesse del ceduto che si preoccupavano sopratutto le antiche ordinanze. Questo non proverebbe che il principio dell'incapacità non è quello della legge? Gli scrittori non si accordano che sopra un punto, che, cioè, il cessionario non ha l'azione di nullità, poichè è contro di lui che il divieto è stabilito.

64. Qual'è l'effetto dell'annullamento? La cessione è considerata come non sia mai stata fatta. È questo il principio generale. Dunque il cedente resta creditore e il ceduto rimane debitore del cedente. Non vi ha che il diritto del cessionario che sia annullato (2).

L'annullamento può dar luogo ad un conflitto fra il ceduto e il cedente. Può accadere che il debitore non domandi la nullità, ma invochi il diritto di retratto che l'art. 1699 gli accorda quando il credito è litigioso nel senso dell'art. 1700, vale a dire quando forma l'oggetto d'una lite. Se il debitore mantiene la convenzione esercitando il retratto, il contratto sarà mantenuto anche a riguardo del cedente? Se si ammette la nostra opinione sul carattere della nullità, la negativa è evidente. Sia la cessione inesistente, o sia nulla di nullità assoluta, poco importa. Essa non potrebbe in ogni caso produrre alcun effetto dal momento che una delle parti interessate domanda la nullità. Non può dipendere dal debitore ceduto il convalidare un atto che non può produrre alcun effetto, perchè l'interesse pubblico vi si oppone. Secondo l'opinione contraria, la soluzione è dubbia. Quando il ceduto, che è il principale interessato, usa del diritto che gli dà l'art. 1699, pare che il contratto dovrebbe essere mantenuto a riguardo del cedente, tanto più che questi ha un rimprovero da farsi, d'aver, cioè, concorso a un atto che la legge proibisce. Però si ammette che il cedente può domandare la nullità a malgrado del ceduto (3).

65. L'art. 1597 dice che le persone ch'esso enumera non possono rendersi cessionarie di diritti litigiosi, sotto pena di nullità e delle spese, danni ed interessi. Quanto alle spese, va da sè che le sopporta il cessionario, poichè egli le ha cagionate colla sua colpa violando la legge. Ma non si vede, a primo aspetto, per qual titolo potrebbe dovere danni ed interessi, l'effetto dell'annullamento essendo di rimettere il cedente e il ceduto nella condizione in cui erano prima della cessione. Può accadere però che la cessione rechi un danno al creditore o al debitore. Il cedente è obbligato, dopo l'annullamento, ad agire

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 45, n. 24 *bis* III.
(2) DURANTON, t. XVI, p. 174, n. 145, e tutti gli autori.
(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 45, n. 24 *bis* IV.

contro il ceduto per farsi restituire i titoli che ha rimessi al cessionario. Il ceduto che ha esercitato il diritto di retratto dovette procurarsi i fondi necessari, forse a condizioni onerose. Ecco elementi di danni ed interessi. La legge ha dunque fatto bene a riservarli (1).

§ III. — *Del prezzo.*

66. Senza prezzo, dice Pothier, non vi ha vendita. Secondo la teoria del codice, il prezzo è la causa dell'obbligazione contratta dal venditore di trasferire la proprietà della cosa. Se non vi ha prezzo, il contratto rimane senza causa quanto al venditore e, per conseguenza, è inesistente. Sarebbe lo stesso se il prezzo fosse simulato, perchè un prezzo fittizio non è un prezzo. Se l'atto reca che il prezzo è stato pagato a contanti e sia ammesso o provato che questa enunciazione è fittizia, ne consegue che non vi sarà vendita (2). Ma l'atto, nullo come vendita, può valere come donazione, se tale è l'intenzione delle parti contraenti. Abbiamo detto, al titolo delle *Donazioni*, che la giurisprudenza della Corte di cassazione è in questo senso. Secondo la nostra opinione, l'atto sarebbe nullo come vendita e come donazione. Se si ammette la dottrina consacrata dalla Corte di cassazione bisogna anche ritenere che l'atto sarà valido a titolo di liberalità, quand'anche fosse stipulato per scrittura privata. Basta che l'atto sia valido come vendita. Ora, la vendita è un contratto non solenne (3).

67. Quali sono le condizioni richieste perchè vi sia prezzo? Il codice non ne esige che una, ed è che il prezzo sia determinato e designato dalle parti. Pothier ne aggiunge due altre. Il prezzo deve consistere in denaro e deve essere serio.

N. 1. — Il prezzo deve consistere in denaro.

68. Il codice non dice che il prezzo debba consistere in denaro. È questa però la dottrina tradizionale. Perchè in mancanza d'una disposizione legale si ammette che il prezzo deve essere stipulato in numerario? Perchè è il solo modo di distinguere la vendita dalla permuta. Se io vi vendo la mia casa e stipulo come prezzo la casa che vi appartiene, sarà impossibile distinguere quale delle due case formi l'oggetto della vendita e quale costituisca il prezzo. Invano si direbbe che le parti l'hanno dichiarato nel loro

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 46, n. 24 *bis* V.
(2) Rigetto, 14 messidoro anno XII (DALLOZ, v. *Vendita*, n. 359).
(3) Douai, 14 giugno 1852 (DALLOZ, 1853, 2, 89). Cfr. AUBRY e RAU, t. IV, p. 337, 349.

contratto. Non è in facoltà delle parti contraenti di trasformare una vendita in una permuta, perchè i due contratti sono retti da principii diversi. Così la rescissione per causa di lesione non è ammessa nella permuta (art. 1706). Se dipendesse dalle parti il designare come prezzo una delle cose permutate, potrebbero, snaturando così la convenzione, sottrarla alla rescissione. Bisogna dunque che, indipendentemente dalla dichiarazione delle parti, si possa distinguere ciò che, in un contratto, ne forma l'oggetto e ciò che ne costituisce il prezzo. Ora, la destinazione del denaro è precisamente di servire di prezzo. Dunque il prezzo deve consistere in denaro.

Se il preteso prezzo consistesse in una prestazione che non fosse il trasferimento della proprietà d'una cosa, questa prestazione non sarebbe nè una vendita nè una permuta, ma una di quelle convenzioni che non hanno ricevuto un nome speciale nel linguaggio della legge e che per questa ragione si chiamano innominate. Una simile convenzione sarebbe retta dai principii generali formulati nel titolo delle *Obbligazioni*. Non si potrebbero applicare le regole speciali che il codice stabilisce per la vendita o per la permuta.

69. Dal momento che il prezzo consiste in denaro, vi ha prezzo e vendita. D'ordinario il prezzo è una somma capitale che il compratore paga immediatamente o entro i termini stipulati nel contratto. Può essere stipulato anche sotto forma di rendita, sia perpetua, sia vitalizia. Merlin lo ha contestato, ma la sua opinione rimase isolata. Essa non si appoggia sopra alcun principio. Noi abbiamo indicato l'unica ragione che si allega per esigere che il prezzo consista in denaro. Il denaro è il segno rappresentativo del valore delle cose. Ora, la rendita, supponiamo, consiste in denaro, e quindi lo scopo che la dottrina ha in vista è raggiunto. È impossibile confondere un contratto che stipula come prezzo il pagamento d'una rendita di cinquemila lire con una permuta. Questo anche secondo la tradizione (1). È vero che nella rendita vitalizia non vi ha capitale, ma, ancora una volta, che importa? La sola cosa essenziale è che la prestazione consista in denaro.

70. È stato ripetutamente giudicato che la convenzione colla quale l'acquirente di un immobile si obbliga a mantenere il venditore per tutta la vita è una vendita. La prestazione degli alimenti in natura è stata assimilata ad una rendita vitalizia costituita in denaro (2). Queste decisioni sono contrarie al rigore dei principii. L'obbligazione contratta, nella specie, dal compratore è un'obbligazione di fare, e quindi non vi ha prezzo.

---

(1) POTHIER, *Dei retratti*, n. 79. AUBRY e RAU, t. IV, p. 336, nota 24, § 349. Liegi, 29 giugno 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 154). Cfr. MERLIN, v. *Rente viagère*, n. 18.

(2) Bordeaux, 7 agosto 1849 (DALLOZ, 1850, 5, 662, n. 12). Colmar, 23 gennaio 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 44).

È un contratto innominato. La questione, del resto, era senza interesse. Si trattava di sapere se l'atto litigioso costituisse una liberalità simulata, e, sotto questo rapporto, non vi ha alcuna differenza fra il contratto innominato, che consiste nel nutrire il venditore, e la vendita mediante una rendita vitalizia. Se si fosse impugnato l'atto per causa di lesione, si sarebbe dovuto, a nostro avviso, respingere la domanda, poichè la lesione non vizia, in generale, il consenso (art. 1118).

N. 2. — **Il prezzo deve essere certo e determinato dalle parti.**

71. A termini dell'art. 1591, il prezzo della vendita deve essere determinato e designato dalle parti. Ciò non vuol dire che il contratto debba fissare il prezzo; basta che la convenzione lo faccia conoscere con certezza. Si possono vedere negli scrittori esempi la maggior parte dei quali sono affatto teorici (1). Toglieremo qualche applicazione dalla giurisprudenza.

Una persona si riconosce debitrice di mille e centocinquanta lire. È detto nell'atto che, se essa non paga tal somma nel termine fissato, cogli interessi, colle spese dell'atto, e colle spese legali, vende al creditore la porzione d'un prato. Trattavasi di una vendita condizionale. Un acquirente posteriore sostenne che fosse nulla, perchè il prezzo non era determinato. La Corte di Montpellier risponde che, se il prezzo non era fissato nell'atto, questo conteneva tutte le indicazioni necessarie per determinarlo con certezza (2). È stato giudicato che il prezzo è certo quando la convenzione lo subordina alla misurazione della consistenza del fondo venduto, poichè, dice la Corte di cassazione, l'ammontare del prezzo dipende da un calcolo aritmetico (3).

La legge statuisce che il prezzo deve essere determinato dalle parti, il che vuol dire che, al momento del contratto, esso deve essere certo. Ma l'art. 1591 non esige che lo scritto che si redige faccia menzione del prezzo, quando è stato pagato prima che si proceda alla redazione dell'atto. Purchè sia certo che il prezzo è stato pagato, non è necessario farne menzione. È detto nell'atto che constata la cessione d'un credito che « il trasferimento è fatto mediante valido pagamento che il cedente dichiara e riconosce d'aver ricevuto in saldo dal cessionario, mercè il quale lo tiene libero e sciolto da ogni cosa ». Si pretese che la cessione fosse nulla per mancanza di prezzo. Ma si confondeva così lo scritto, che non serve che alla prova del contratto,

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 308 e nota 35, § 349, e gli autori che vi sono citati.
(2) Montpellier, 13 febbraio 1838 (Dalloz, v. *Vente*, n. 195, 3.°). Cfr. Bruxelles, 26 ottobre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 276).
(3) Rigetto, 4 luglio 1848 (Dalloz, 1848, 5, 364).

col fatto giuridico della vendita. Al momento in cui l'atto fu stipulato era inutile far menzione del prezzo, perchè non vi era più debito del prezzo. Ma ciò che provava come, al tempo del contratto, il prezzo fosse certo è che il venditore dichiarava d'averlo ricevuto (1). Così è stato giudicato dalla Corte di Gand in una sentenza la quale stabilisce benissimo il principio, distinguendo l'atto dalla convenzione ch'esso è destinato a provare (2).

72. Ma se il prezzo è indeterminato e incerto, quand'anche non lo fosse che in uno dei suoi elementi, si deve dire che non vi ha prezzo e quindi non vi ha vendita. In un caso presentatosi davanti la Corte di Douai il venditore intendeva di vendere la segale immagazzinata a Lilla come presa nel granaio. Il compratore, al contrario, non voleva assumere nessuna spesa di magazzinaggio e di manutenzione, ma intendeva comperare i grani come se fossero presi sul battello. Le parti erano dunque discordi sopra un elemento del prezzo. Ciò bastava perchè non vi fosse nè prezzo nè vendita (3).

73. L'art. 1591 vuole che il prezzo sia determinato dalle *parti*. Questo vuol dire che il consenso delle due parti deve cadere tanto sul prezzo quanto sulla cosa che forma l'oggetto della vendita. È principio elementare che non vi ha prezzo se il venditore si rimette alla discrezione del compratore, o se il compratore dichiara che pagherà quello che vorrà il venditore. Non si ha qui un concorso di volontà, ma sibbene la volontà d'una sola delle parti. Ne risulta che non vi ha consenso sul prezzo (4).

Ma la legge non intende dire che il prezzo debba essere fissato dalle parti stesse, poichè l'art. 1592 permette di lasciare il prezzo all'arbitrio d'un terzo. Il prezzo risulta sempre, in questo caso, dal consenso delle parti, poichè esse hanno consentito a che il terzo facesse la stima.

74. Qual'è l'effetto della clausola colla quale le parti si rimettono a un terzo per la determinazione del prezzo? La vendita sarà condizionale. Era questa la dottrina ammessa nell' antico diritto (5). Il codice la consacra implicitamente dicendo: « Se il terzo non vuole o non può fare la stima, non vi ha vendita ». La condizione manca in questo caso, e, per conseguenza, si ritiene che il contratto non abbia avuto luogo. Per contrario, se il terzo fa la stima, la condizione si verifica e, per conseguenza, retroagisce (art. 1179). La vendita esisterà dunque dal giorno in cui sarà stata contratta, e non dal giorno in cui è stata fatta la stima. Il discorso di Portalis potrebbe far credere il

---

(1) Bruxelles, 25 novembre 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 522).
(2) Gand, 19 gennaio 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 75).
(3) Douai, 5 dicembre 1849 (DALLOZ, 1850, 5, 463).
(4) TROPLONG, p. 97, n. 151.
(5) DOMAT, *Delle leggi civili*, p. 26, n. XI.

contrario. Egli dice che « la vendita non sarà perfetta, se non in quanto avrà avuto luogo tale fissazione ». Queste parole devono essere intese nel senso dell'art. 1592, vale a dire che l'esistenza della vendita dipenderà dall'adempimento della condizione, ma Portalis non dice che la vendita non esisterà che a partire dalla stima (1). La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (2).

Il principio che la vendita è condizionale nel caso dell'articolo 1592 ha un'importantissima conseguenza. Anzitutto la proprietà è trasmessa al compratore dal giorno del contratto quando la condizione si realizza colla stima che fa il terzo. Se dunque il venditore ha alienato la cosa prima che fosse fatta la stima, ossia mentre la condizione era in sospeso, questa alienazione cadrà, poichè al momento della stipulazione il compratore era proprietario per effetto della retroattività della condizione (3). Sarebbe lo stesso del sequestro che i creditori del venditore avessero praticato mentre la condizione era in sospeso. Per la retroattività della condizione, il sequestro cade sopra una cosa che si trovava nel dominio del compratore (4).

75. Il terzo designato dalle parti per fare la stima ricusa il mandato che gli è conferito, o versa nell'impossibilità di compierlo. In questo caso, non vi ha vendita, dice l'art. 1592. Sarebbe lo stesso se le parti avessero scelto più periti e se uno di essi non volesse o non potesse prender parte alla stima. La condizione manca ancora, perchè non può più compiersi nel modo che è stata formulata dalle parti (art. 1175). Bisogna dire altrettanto se i periti non si accordano sulla stima. Il loro dissenso fa sì che non vi ha prezzo. Non si può dire che prevarrà l'avviso della maggioranza, perchè le parti non si sono rimesse all'avviso della maggioranza. Salvo convenzioni contrarie, spetta alle parti prevedere e regolare ciò che deve farsi in caso di dissenso (5).

A primo aspetto si potrebbe credere che vi sia un mezzo più semplice per superare la difficoltà, cioè che, nei diversi casi in cui la perizia non riesce, il giudice deve nominare un altro perito. La Corte di Parigi ha giudicato così per considerazioni che sembrano plausibilissime. Bisogna vedere, essa dice, se la persona dei periti è stata la causa determinante della clausola. In questo caso è sottinteso che il mandato che le parti affidano loro è affatto personale. Ma se hanno inteso soltanto di rimettersi alla stima d'uomini capaci e probi, perchè il tribunale non potrebbe sceglierli, se mancano quelli che le parti hanno no-

---

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, n. 8 (LOCRÉ, t. VII, p. 71).
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 338, nota 32, § 349.
(3) Montpellier, 13 febbraio 1828 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 195, 2.°).
(4) Rigetto, 6 luglio 1831 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 112).
(5) AUBRY e RAU, t. IV, p. 338, note 33 e 34, § 349.

minato? (1). Il giudice non lo può, perchè la legge non gli dà questo diritto. L'art. 1592 è assoluto e non permette alcuna distinzione. Dal momento che non è fatta la stima, non vi ha vendita, perchè non vi ha prezzo, e non spetta al giudice fissare il prezzo, perchè non è lui che deve consentire, ma le parti contraenti (2). Dubitiamo anzi che le parti possano rimettersi alla scelta del giudice. I magistrati non sono stabiliti per consentire convenzioni in luogo e vece delle parti; essi hanno per mandato di decidere le contestazioni che le dividono, e, nella specie, non ve ne sono. I giudici non possono nemmeno fare un atto di graziosa giurisdizione senza un testo che conferisca loro questo potere. A maggior ragione non possono consentire per le parti, nemmeno in forza della loro delegazione. Ora, scegliere dei periti vuol dire esprimere un consenso quanto al prezzo. Questo ci pare decisivo. Però è generalmente ammessa l'opinione contraria (3).

76. D'ordinario la clausola che lascia il prezzo all'arbitrio d'un terzo designa il perito o l'arbitro. Le parti possono anche convenire che il prezzo sarà fissato da periti ch'esse sceglieranno ulteriormente? La questione è controversa, e ci pare molto dubbia. Pothier dice che le parti possono rimettersi alla stima che faranno i periti ch'esse converranno di scegliere. Egli prevede però un'obbiezione, che, cioè, il prezzo non è certo al momento del contratto, e quindi non vi ha prezzo. Non se ne deve conchiudere che non vi ha vendita? Pothier risponde: « Basta che il prezzo debba divenir certo colla stima che ne sarà fatta ». Ma in tal modo non si risponde all'obbiezione. Vi sarà prezzo se sono nominati dei periti, ma se una delle parti rifiuta di scegliere i suoi, non vi sarà prezzo. L'esistenza della vendita dipende dunque dalla nomina dei periti, e dipende dalle parti il nominarli o il non nominarli. In questo senso, l'esistenza della vendita dipende dalla loro volontà. È questa una vendita? Vi erano interpreti i quali dicevano che vi fosse un contratto innominato. Pothier respinge tale opinione dicendo che queste sottili distinzioni di contratti non sono ammesse in diritto francese, e non servono menomamente nella pratica (4).

Noi non amiamo, al pari di Pothier, le sottigliezze della scuola. Ma è vero che, nella specie, la distinzione sia puramente teorica? Non vi ha vendita al momento del contratto, poichè non vi ha prezzo. Non vi sarà vendita che quando saranno no-

---

(1) Parigi, 18 novembre 1831 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 378).
(2) È l'opinione generale (DUVERGIER, t. I, p. 180, n. 152, e tutti gli autori). Pau, 30 novembre 1857 (DALLOZ, 1860, 2, 36).
(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 337, nota 29, § 349.
(4) POTHIER, *Della vendita*, n. 25, seguito da AUBRY e RAU, t. IV, p. 337, nota 28, § 349.

minati i periti che devono determinarlo. Tutto dipende dunque dalla nomina dei periti. Supponiamo che una delle parti rifiuti il suo concorso. Vi ha un mezzo per costringervela? Ecco la vera difficoltà. Va da sè che il giudice non può costringere le parti a designare dei periti. La loro obbligazione è un'obbligazione di fare, ed è una di quelle obbligazioni di fare che il solo debitore può adempiere, poichè si tratta d'incaricare un terzo d'un mandato di fiducia. Se dunque l'una delle parti si rifiuta di nominare i periti, l'altra potrà soltanto reclamare danni ed interessi.

Si è preteso che, in questo caso, il giudice poteva, sul rifiuto della parte, nominare egli stesso i periti (1). A nostro avviso, il giudice non può mai intervenire nella nomina dei periti (n. 75), ma quand'anche gli si riconoscesse questo diritto, dovrebbe derivarlo dalla convenzione delle parti. Ora, si suppone che non vi sia altra convenzione che quella di designare degli arbitri. Nel silenzio del contratto, noi non comprendiamo che il giudice si sostituisca alle parti e faccia ciò ch'esse non vogliono fare. Troplong dice che la vendita è nulla, perchè dipende da una condizione puramente potestativa (2). Ciò non è esatto. Le parti si sono obbligate a nominare dei periti. Vi è dunque un vincolo obbligatorio, ma, come in ogni obbligazione di fare, il debitore è libero di non adempiere la sua obbligazione, salvo a pagare i danni ed interessi ai quali il giudice lo condannerà. Gli antichi interpreti, che Pothier accusa di sottigliezza, avevano dunque ragione. Una convenzione che non conduce che a danni ed interessi non è una vendita.

La giurisprudenza manca di precisione in questa materia, come pure la dottrina. È stato giudicato che il perito deve necessariamente essere designato nel momento stesso in cui la vendita è contratta. La Corte di Tolosa considera dunque la vendita come nulla se le parti convengono soltanto di designare i periti ulteriormente. Questo è vero, nel senso che non vi ha vendita, ma vi sarà un contratto innominato, un'obbligazione di fare, e quindi non trasmissione di proprietà. Ma se le parti designano i periti, vi sarà certamente vendita. E se una d'esse vi si rifiuta, non si può dire che la sua obbligazione sia nulla siccome puramente potestativa. Essa non è potestativa più che ogni altra obbligazione di fare (3).

Si è però presentato un caso nel quale vi era vendita, sebbene i periti non fossero ancora nominati. Nella specie, la fissazione del prezzo era lasciata all'arbitrio dei periti che dovevano essere nominati in una divisione futura. La nomina

(1) DUVERGIER, t. I, p. 181, n. 153.
(2) TROPLONG, p. 98, n. 157.
(3) Tolosa, 5 marzo 1827, e Limoges, 5 aprile 1826 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 381).

dei periti era certa, salvo che i nomi dei periti non erano conosciuti dalle parti. Ma poco importa. Le parti avevano dichiarato implicitamente ch'esse accordavano la loro fiducia a questi periti, e quindi, da parte loro, tutto era consumato (1).

77. Ai terzi che le parti incaricano di fissare il prezzo si dà il nome di periti o di arbitri. Dovrà dirsi per questo ch'essi debbano osservare le regole che il codice di procedura prescrive per la perizia o l'arbitrato? La negativa è certa, e non si comprende come la questione sia stata controversa. La giurisprudenza si è pronunciata in questo senso. Il codice di procedura suppone che vi sia una lite e che i periti o gli arbitri vengano nominati sia per stimare la cosa che forma l'oggetto del litigio, sia per terminare la contestazione. Ora, quando le parti designano un terzo per determinare il prezzo, non vi ha lite, si tratta d'una convenzione per l'esistenza della quale occorre un prezzo. La fissazione del prezzo è dunque il complemento del contratto. I terzi periti od arbitri tengono il loro mandato dalla volontà delle parti contraenti. Spetta ad esse determinare le condizioni e le forme che dovranno essere osservate. E se la loro convenzione non dice nulla a questo riguardo, gli arbitri o periti procederanno come crederanno meglio (2).

Ne consegue che non si può domandare la nullità della stima fatta dai terzi arbitri se non per violazione della clausola colla quale venne accordato loro il diritto di fare la stima. La Corte di cassazione ha giudicato così nel caso seguente. Una società industriale fa, coi comproprietarii di terreni sui quali doveva passare una ferrovia necessaria per l'esercizio delle sue officine, la convenzione di lasciare a periti la stima del valore dei terreni. La clausola recava che i periti stimerebbero il valore dei terreni occupati dalla ferrovia e apprezzerebbero, se del caso, il danno cagionato ai restanti terreni, in una parola che fisserebbero la giusta indennità che potesse essere dovuta ai proprietarii. I periti procedettero alla stima dell'indennità secondo la doppia base indicata nel contratto, e quindi dichiararono che l'indennità doveva essere raddoppiata. Questa dichiarazione non si fondava sopra alcuna considerazione di fatto. I periti invocavano la legge del 21 aprile 1810, art. 44. Questa disposizione è relativa all'occupazione di terreni, per parte dei proprietari di miniere, per la ricerca o i lavori delle miniere stesse. La decisione degli arbitri riguardante l'applicazione della legge del 1810 fu annullata dalla Corte d'Algeri per eccesso di potere, e, sul ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. L'eccesso di potere

---

(1) Limoges, 1.° giugno 1865 (DALLOZ, 1865, 2, 183).

(2) Rigetto, 31 marzo 1862 (DALLOZ, 1, 243). Bordeaux, 23 luglio 1853 (DALLOZ, 1854, 5, 38). Pau, 24 dicembre 1861 (DALLOZ, 1862, 5, 336). Bruxelles, 9 agosto 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 186).

era evidente. Non si era sottoposto agli arbitri il giudizio sopra una questione di diritto, la questione di sapere se la legge del 1810 era applicabile all'indennità, ma erano stati consultati sopra un punto di fatto, la stima dei terreni da espropriarsi e il minor valore che ne risulterebbe per i terreni che rimanevano ai proprietarii. Bisognava dunque mantenere la stima, senza tener conto della decisione che vi era estranea (1).

78. La decisione dei periti è irrevocabile in quanto riguarda l'ammontare della stima, o possono le parti domandare ch'essa venga aumentata o ridotta? Se non si consultano che i principii, bisogna rispondere che la decisione è irrevocabile. Il prezzo fissato dai periti è il risultato d'una convenzione. Si ritiene che le parti abbiano fissato esse stesse il prezzo quale è determinato dagli arbitri. Ora, le convenzioni tengono luogo di legge per coloro che le hanno fatte. Esse non possono essere revocate che col loro mutuo consenso o per le cause autorizzate dalla legge (art. 1134). Ed è ben certo che non vi ha alcuna causa legale di revoca quando gli arbitri hanno fatto una stima che una delle parti interessate trova erronea? La legge del contratto consiste precisamente nell'anticipata accettazione della stima che faranno i periti. Le parti hanno dato loro pieno potere, senza riserva alcuna. Esse hanno dimostrato loro una completa fiducia, senza alcuna restrizione.

Vi ha però un motivo di dubitare, la tradizione. Domat e Pothier, che servono di guide abituali agli autori del codice, professano l'opinione contraria. Bisogna sentirli. Domat dice che nel mandato che le parti danno ai periti vi ha una condizione sottintesa, che i periti, cioè, siano uomini probi e pratici. Infatti, l'intenzione delle parti è certamente che il giudizio dei periti sarà ragionevole, e il loro disegno non è di obbligarsi a quanto potrebbe essere giudicato oltre i limiti della ragione e dell'equità. Pothier esprime lo stesso avviso, ma è più preciso e più restrittivo. Se, egli dice, il terzo ha fatto una stima manifestamente iniqua, non vi sarà vendita, perchè i contraenti, rimettendosi alla sua stima, hanno inteso, non una stima puramente arbitraria, ma una stima giusta (2). Questa opinione era abbastanza generalmente seguita nell'antico diritto. Vi era però controversia. I partigiani dello stretto diritto volevano che si stesse alla stima. È quest'ultima opinione che deve essere seguita. Domat e Pothier decidono secondo equità. Essi ne avevano il diritto, poichè non erano vincolati da un codice di leggi positive. I giureconsulti facevano il diritto nel tempo stesso che l'interpretavano. Sotto l'impero del codice gli interpreti non hanno più questo potere. L'abbiamo detto più volte. Nella specie, la dottrina e la giurisprudenza si sono pronunciate in

(1) Rigetto, 14 agosto 1860 (DALLOZ, 1861, 1, 61).
(2) DOMAT, *Leggi civili*, libro I, p. 26, n. XI. POTHIER, n. 24.

favore della nostra opinione (1). Si aggiungono però restrizioni che noi non oseremmo ammettere. Dire che i tribunali hanno il diritto d'annullare la decisione degli arbitri quando ne è manifesta l'iniquità o quando l'errore è grossolano, è accordare al giudice un potere d'apprezzamento incompatibile colla forza obbligatoria dei contratti. Una legge, fosse pure manifestamente iniqua, obbliga i cittadini. Avviene lo stesso delle convenzioni.

N. 3. — Il prezzo deve essere serio.

79. La legge non esige che il prezzo sia serio, ma la dottrina ha stabilito questa condizione. Però gli scrittori non sono concordi su ciò che si deve intendere per prezzo serio, e la giurisprudenza è altrettanto incerta. Se dobbiamo credere a Troplong la Corte di cassazione non avrebbe nessun principio. « Le Corti reali, egli dice, sono in conflitto colle loro sentenze e la Corte di cassazione, adita tre volte sulla questione, non ha trovato nulla di meglio a fare (essa che è incaricata di mantenere l'unità della giurisprudenza) che di passare di volta in volta da un sistema all'altro, di affermare successivamente il pro e il contro e di mettere tutti d'accordo, ponendosi in contrasto con sè stessa ». La critica è severa da parte d'un magistrato. È almeno meritata? « Quando si parla così, dice Duvergier, del corpo di magistratura ove sono riuniti i giudici più illustri, bisognerebbe almeno aver ragione. Io dimostrerò che Troplong s'inganna » (2). Che fare in questo conflitto d'opinioni contraddittorie? Il testo, che è la nostra guida, ci manca. Pare a noi che, nel silenzio della legge, si debba ricorrere alla tradizione. Infatti, il principio, il cui significato è così controverso, è un principio tradizionale. Sentiamo Pothier, che è la guida degli scrittori del codice. Dopo la legge, non vi ha guida più sicura. Vedremo poi se la giurisprudenza è così in contraddizione come afferma Troplong.

80. Il prezzo deve essere serio, scrive Pothier, e convenuto coll'intenzione che potrebbe essere richiesto. Se il prezzo è dell'essenza della vendita, ciò avviene perchè il compratore s'obbliga a pagarlo. Se, nell'intenzione delle parti, il compratore non può essere tenuto a soddisfarlo, non vi ha realmente prezzo. Il contratto lo stipula, è vero, ma è una finzione; e un prezzo fittizio non è certo serio, poichè non ha nulla di reale. La convenzione può valere come donazione, ma non è una vendita.

Su questo punto non vi è mai stato dubbio. D'ordinario una simile convenzione è una donazione simulata. Può darsi però

(1) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. IV, p. 338, nota 30.
(2) TROPLONG, p. 94, n. 150. DUVERGIER, t. I, p. 170, n. 149.

che non vi sia volontà di donare. In questo caso, non vi sarà donazione, e se, come si suppone, l'intenzione delle parti non è che il prezzo sia richiesto dal compratore, si avrà una vendita senza prezzo serio, vale a dire una vendita senza causa, e quindi non vi sarà vendita. Questa strana ipotesi si è presentata avanti la Corte di cassazione. Una persona interdetta per infermità di mente vende, coll'assistenza del suo consulente, una casa per quindicimila lire, somma che venne immediatamente convertita in una rendita vitalizia di mille e cinquecento lire, a vantaggio e in testa al venditore. La Corte di Parigi constata, in fatto, come la situazione della moglie, che figurava come compratore, nella casa del venditore, e la sua condizione di fortuna rendevano il pagamento impossibile. Ne conchiuse che il prezzo non era stato stipulato coll'intenzione di esigerne il pagamento. Dunque non vi era prezzo. Una circostanza della causa spiegava questa singolare convenzione. Il giorno della vendita il consulente giudiziario si fece garantire dall'acquirente un'ipoteca sulla casa venduta per un credito di duemila lire, ed egli stesso riconobbe di non aver anticipato che la metà di questo capitale. Così colui che doveva proteggere l'incapace abusò della sua infermità di mente per spogliarlo nel proprio interesse. Fu interposto ricorso contro la sentenza della Corte di Parigi. Un insolvibile può comperare, si dice. Senza dubbio, ma non troverà alcun venditore se la sua insolvibilità è conosciuta. Non è fare una vendita seria il vendere ad una persona che si sa impossibilitata a pagare. Basta questo motivo, dice la Corte di cassazione, per giustificare la sentenza impugnata (1).

81. In secondo luogo, il prezzo derisorio non è un prezzo serio, per esempio, dice Pothier, se si vendesse un terreno considerevole per uno scudo. La cosa è così evidente che non varrebbe la pena di esporla, nè l'avremmo fatto se Pothier non ne facesse l'osservazione. Non sappiamo se presso i Romani si usassero simili giuochi. Egli è certo che i nostri costumi ignorano queste sciocchezze. Un tal contratto, se si presentasse, non sarebbe una vendita, ma una donazione chiamata falsamente vendita. Pothier soggiunge che l'atto non potrebbe valere come donazione se non quando fosse fatto con tutte le formalità prescritte dalla legge.

82. È necessario, perchè il prezzo sia serio, che si trovi in proporzione col valore della cosa venduta? Ecco la vera difficoltà, sulla quale i pareri sono tanto divisi. Pothier non s'esprime, in questa materia, colla precisione che la nostra scienza richiede. Egli comincia col dire che un prezzo che non ha *alcuna* proporzione col valore della cosa venduta non è un prezzo, per la ragione che non essendo il prezzo che la stima che le parti contraenti hanno fatto tra di loro del valore della cosa, una

(1) Rigetto, 13 giugno 1860 (Dalloz, 1860, 1, 503).

somma che non ha alcuna proporzione col valore non può passare per una stima seria, nè, per conseguenza, per un prezzo. Non bisogna prendere questa definizione alla lettera, perchè Pothier la dà parlando del prezzo derisorio d'uno scudo che le parti stipulassero per un terreno considerevole. Egli soggiunge tosto che non è nemmeno necessario che la somma convenuta pel prezzo eguagli precisamente il giusto valore della cosa, perchè il prezzo nella vendita non è il vero valore della cosa, ma la somma giusta la quale le parti contraenti l'hanno stimata, e può darsi ch'esse facciano una stima troppo bassa. Pothier conchiude che vi sarà vendita, purchè la somma convenuta non sia una *somma da niente*, sebbene si trovi al di sotto del valore della cosa. Queste spiegazioni riguardano piuttosto il prezzo derisorio che il prezzo sproporzionato.

83. Pothier completa le sue spiegazioni avvertendo che il prezzo può essere inferiore al valore, vale a dire sproporzionato, senza che il contratto cessi d'essere una vendita. Questo avviene anzitutto quando il venditore vuol beneficare il compratore vendendo per un prezzo che è al di sotto del valore. Ma è questa una vendita? Pothier risponde che il contratto non è, in questo caso, puramente e semplicemente una vendita, ma un contratto di natura misto, che partecipa della donazione. Non è però una donazione che per la parte del valore di cui il venditore ha voluto gratificare il compratore, la principale intenzione delle parti essendo di fare una vendita.

Vi è anche un altro caso nel quale l'inferiorità o la sproporzione del prezzo non toglie che il contratto sia una vendita, ed è quando le parti ignoravano il giusto valore, o quando il venditore, sebbene conosca questo giusto valore, s'è trovato obbligato, per il pressante bisogno che aveva di denaro, a vendere la cosa per la somma che gli si offriva, quantunque inferiore al giusto valore. È quello che chiamasi un prezzo vile. In diritto, dice Pothier, la vendita è valida, quantunque il contratto sia iniquo. Soltanto, quando la lesione è enorme, la legge permette al venditore di domandare la rescissione del contratto (1).

84. Ecco la dottrina di Pothier. L'ultimo punto che egli tocca ha dato luogo a gravissime difficoltà nella dottrina e nella pratica. Un prezzo vile è un prezzo, secondo il codice, poichè questo non permette di domandare la rescissione della vendita se non quando il venditore sia stato leso oltre i sette dodicesimi nella vendita d'un immobile. Dunque, malgrado così enorme sproporzione fra il valore e il prezzo, vi ha prezzo e, per conseguenza, vendita. Bisogna che il venditore domandi la rescissione se vuole che il contratto cessi di produrre i suoi effetti. Ancora, la legge non gli accorda sempre l'azione di rescissione. Egli non

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, nn. 19-21.

l'ha quando la differenza fra il valore dell'immobile e il prezzo sia minore di sette dodicesimi; eppure un prezzo che non rappresenza la metà del valore è certo sproporzionato. Dunque il prezzo sproporzionato non cessa d'essere un prezzo, e la vendita dell'immobile sarà valida, a meno che la sproporzione non vada fino ai sette dodicesimi. Anzi, quando la cosa venduta è mobile, il codice non ammette l'azione di rescissione, di modo che la vendita è mantenuta, quand'anche la differenza fra il valore e il prezzo fosse di più di sette dodicesimi. Il prezzo sproporzionato non cessa d'essere un prezzo che quando è un prezzo da niente, secondo l'espressione di Pothier.

Quando può dirsi che il prezzo sia un prezzo da niente? Bisogna lasciar da parte l'esempio tradizionale della vendita d'un fondo per uno scudo. È un'ipotesi immaginaria. Gli scrittori moderni sono discordi. Secondo gli uni, vi ha prezzo dal momento che le parti l'hanno stipulato, l'una coll'intenzione di esigerlo, l'altra coll'intenzione di doverlo pagare (1). Gli altri formulano il principio nei seguenti termini. Il prezzo non è serio quando fra esso e il valore della cosa vi ha una sproporzione tale che sia evidente che le parti non hanno considerato la somma enunciata come l'equivalente della cosa (2). I due principii s'accordano in un punto, ed è che la questione di sapere se il prezzo è serio o derisorio dipende dall'intenzione delle parti contraenti. Spetta ai giudici apprezzarlo secondo le circostanze della causa, la condizione delle parti, lo scopo ch'esse avevano contrattando. Nessuna delle due formule è legale, e nessuno s'appoggia sulla tradizione. Esse sono dunque entrambe arbitrarie. Noi preferiremmo attenerci a quella di Pothier e dire che il giudice deciderà se il prezzo è un prezzo da niente, senza proporzione alcuna col valore della cosa. Il venditore che contratta a simili condizioni non tratta seriamente; egli ha uno scopo diverso da quello di vendere, e quindi non vende.

85. Giungiamo così alla difficoltà pratica. Il prezzo consiste in una rendita vitalizia, e si trova che le annualità sono inferiori al reddito dell'immobile. È questo un prezzo serio? Gli è su questa questione che Troplong rimprovera alla Corte di cassazione d'aver approvato le decisioni più contraddittorie. Si può leggere in Duvergier la difesa ch'egli oppone a questa critica ingiusta. La Corte di cassazione ha pronunciato una sentenza che spiega le apparenti contraddizioni della giurisprudenza. È una questione di fatto, dice la Corte, che va lasciata all'apprezzamento dei giudici del merito (3). Infatti, si tratta di decidere se le parti hanno inteso trattare seriamente, se hanno voluto vendere. Ora, l'intenzione non può apprezzarsi che a seconda

---

(1) TROPLONG, p. 94, n. 150. MARCADÉ, t. VI, p. 177, n. III.
(2) DUVERGIER, t. I, p. 167, n. 148. AUBRY e RAU, t. IV, p. 336, nota 66, § 349.
(3) Rigetto, 7 agosto 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 245).

delle circostanze della causa, e variando queste circostanze da un caso all'altro, anche le decisioni devono variare, senza che si possa dire che sono contradditorie.

Ecco il caso nel quale è stata pronunciata la sentenza di rigetto. Una vedova vende ad una signorina una casa dietro il corrispettivo di undicimila lire, che, per una controdichiarazione dello stesso giorno, fu convertito in una rendita vitalizia di ottocento lire. Il compratore teneva la casa a fitto per un canone di novecento lire. Dopo la morte del venditore, i suoi eredi impugnarono la vendita per mancanza di prezzo. Essi non potevano più domandare la rescissione per causa di lesione, perchè era trascorso il termine di due anni stabilito dall'articolo 1676. È la differenza pratica fra l'azione di rescissione, soggetta ad una breve prescrizione, e l'azione per mancanza di prezzo. La Corte di Douai giudicò che non vi era vendita, perchè non vi era prezzo. Infatti, il reddito della casa era di novecento lire, somma che il compratore era tenuto a pagare prima della vendita, a titolo d'affitto. In forza della vendita, egli non doveva più pagarne che ottocento. Guadagnava dunque cento lire all'anno, e acquistava inoltre la proprietà dell'immobile. Era una di quelle convenzioni che la cupidigia sorprende alla debolezza dell'età. L'atto non poteva valere nemmeno come donazione, perchè tutte le circostanze della causa escludevano l'idea d'una liberalità (1).

Vi hanno molte decisioni analoghe, che crediamo inutile riportare, perchè si trovano in tutte le raccolte. Ecco l'ultima, in data del 1852. Bisogna dunque credere che la giurisprudenza è definitiva in questo senso. Un vecchio quasi ottuagenario vende al nipote degli immobili per una rendita vitalizia di cento lire. Era dimostrato che i beni venduti producevano un canone di duecentoventicinque lire, di modo che il preteso compratore, pagando ogni anno cento lire, le prendeva sul reddito, e regolarmente vi guadagava ancora centoventicinque lire. La Corte di Douai ha ragione di dire che questo non è un prezzo (2).

86. Ma dovrà dirsi che, in tutti i casi in cui la vendita si fa per una rendita vitalizia le cui annualità non oltrepassano il reddito della cosa, non vi sia vendita, in mancanza di prezzo? La Corte di cassazione ha deciso il contrario colla sentenza che Troplong le ha così amaramente rimproverato. Nella specie, la vendita era fatta a condizione che il compratore fornisse al venditore, tanto sano che ammalato, il vitto, l'alloggio, il combustibile, il lume, il tutto bene e convenevolmente fino alla sua morte. La Corte di Poitiers aveva dichiarato l'atto nullo per mancanza di prezzo, dopo esser stato constatato da periti

(1) Douai, 30 novembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 71).
(2) Douai, 14 giugno 1852 (Dalloz, 1852, 2, 89).

che la pensione poteva essere valutata quattrocento lire, e il reddito della cosa venduta saliva a cinquecentoventicinque lire. In apparenza, il compratore non pagava nulla; in realtà, il contratto era aleatorio, di modo che era difficilissimo valutare il peso reale che incombeva al compratore. Non si trattava già di una pensione fissa di quattrocento lire. Essa poteva salire ben più alto in caso di malattia, e il venditore poteva vivere lunghi anni in istato d'infermità. Essendo il contratto aleatorio, non si poteva dire che non vi fosse prezzo (1).

Egualmente decise la Corte di Bordeaux in circostanze analoghe. I periti avevano valutato il reddito dei beni venduti a quattrocento quarantadue lire e cinquanta centesimi. Il compratore s'obbligava a nutrire, alloggiare, mantenere il venditore e a provvedere a tutte le spese di malattia. Era un'obbligazione essenzialmente aleatoria, quanto alla sua estensione e alla sua durata. Era difficile valutarla in denaro, perchè il venditore aveva contato anche sulle cure e l'affetto della prossima parente alla quale aveva venduto i suoi beni. Le circostanze della causa spiegavano la convenzione, che è assai frequente. Abbandonato dalla moglie, contro la quale aveva gravi motivi di malcontento, il venditore, di 32 anni, aveva voluto assicurarsi le cure e l'affetto che gli mancavano vendendo i suoi beni a fondo perduto ad una prossima parente. In queste condizioni non si poteva dire che il prezzo fosse un prezzo da niente (2).

87. La giurisprudenza delle Corti del Belgio è nello stesso senso. Si legge in una sentenza della Corte di Gand che la vendita consentita mediante una rendita vitalizia inferiore o almeno eguale al reddito del bene venduto *può* essere annullata per mancanza di prezzo, perchè il compratore non dà nulla del suo, e il venditore non riceve nulla in cambio del bene che cede. La Corte non dice che la vendita *deve* essere annullata. Nella specie, venne mantenuta, perchè, oltre la prestazione della rendita, il compratore s'obbligava a pagare dei capitali di cui il bene venduto si trovava gravato. Anche con questi pesi il prezzo non era in proporzione col valore reale dei beni. Ne risulta, dice la Corte, che il prezzo può essere vile, ma non si poteva dire che fosse derisorio o nullo. Dunque vi era prezzo, e quindi la vendita era valida (3).

---

(1) Cassazione, 16 aprile 1822 (Dalloz, v. *Rente*, n. 7).
(2) Bordeaux, 7 agosto 1849 (Dalloz, 1850, 5, 462).
(3) Gand, 25 luglio 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 330). Cfr. Gand, 12 gennaio 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 69) e 16 novembre 1871 (*ibid.*, 1872, 2, 66).

§ IV. — *Dell'oggetto.*

N. 1. — Principio.

88. Perchè vi sia vendita, dice Pothier, occorre, in primo luogo, una cosa che sia venduta e che formi l'oggetto del contratto. L'oggetto è, in ogni contratto, una condizione richiesta non solo per la validità della convenzione, come dice l'art. 1108, ma per la sua esistenza.

L'art. 1601 contiene un'applicazione di questo principio. Esso dispone: « La vendita è nulla se al tempo del contratto era interamente perita la cosa venduta ». Come devesi intendere nell'art. 1601 la parola *nulla?* D'ordinario questo vocabolo è sinonimo d'annullabile. In tal senso, la vendita senza oggetto esisterebbe e produrrebbe i suoi effetti fino a che la nullità non fosse pronunciata dai tribunali. Ma, nella specie, la parola ha un diverso significato. Essa vuol dire che la vendita non esiste. L'abbiamo dimostrato al titolo delle *Obbligazioni.* Pothier conferma quanto abbiamo insegnato, e la sua testimonianza è doppiamente preziosa. Fu negato che la dottrina degli atti inesistenti fosse conosciuta nell'antico diritto. La verità è che Pothier la accoglie. L'espressione del suo pensiero è talvolta dubbia, perchè la lingua francese non ha che la parola *nullo* per designare atti essenzialmente diversi, quelli che non hanno esistenza e quelli che sono annullabili. Quanto alla vendita d'una cosa perita, non poteva esservi alcun dubbio. Può concepirsi che il venditore sia tenuto a trasferire la proprietà d'una cosa che non esiste? Pothier dice, come l'art. 1601, che il contratto è nullo quando la cosa era distrutta intieramente al momento della vendita, ma nello stesso numero e dando un altro esempio, egli scrive: « Non vi sarà contratto di vendita quando manchi una cosa che ne formi l'oggetto ». Dire che non vi ha vendita significa che la vendita non esiste (1). Non è il caso di chiedere la nullità di ciò che non esiste. In qualunque tempo il venditore sia convenuto per eseguire la vendita, egli può rispondere che non vi ha vendita. Che se il compratore avesse pagato il prezzo, potrebbe ripeterlo, senza essere tenuto a domandare la nullità della vendita. In tal caso, la questione ha un interesse pratico. Quale è la durata dell'azione che spetta al compratore? Se fosse un'azione di nullità, dovrebbe agire nei dieci anni. Ma l'art. 1304 è inapplicabile. Esso implica una conferma tacita, e un contratto che non esiste non potrebbe essere con-

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 4. Cfr. DUVERGIER, t. I, p. 283, n. 235, e TROPLONG, p. 150, n. 252.

fermato. Il compratore ha pagato il prezzo senza causa, poichè il motivo giuridico pel quale lo ha pagato, il trasferimento della proprietà della cosa venduta è impossibile. Egli ha dunque l'azione di ripetizione di ciò che ha indebitamente pagato, e tale azione dura trent'anni. Tutti sono d'accordo su questo punto (1).

89. « Se una parte soltanto della cosa fosse perita, il compratore avrà la scelta o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale ». Il compratore può *recedere* dal contratto. Che cosa s'intende con ciò? Pothier diceva che, stando alla sottigliezza del diritto, il contratto dovrebbe essere mantenuto, poichè esso ha un oggetto, salvo a fare una diminuzione sul prezzo. Ma Pothier si scosta quasi sempre dalla sottigliezza, com'egli la chiama, del diritto, invocando l'equità. Egli aggiunge dunque una restrizione. Quando il compratore non avrebbe voluto comperare, se avesse saputo che la cosa non fosse integra, l'equità deve permettergli di domandare la risoluzione del contratto. È in questo senso che devesi intendere l'articolo 1601? Lo si pretende, ma non si fa attenzione alla dicitura del codice. Anzitutto esso non parla della *risoluzione* del contratto, ma dice che il venditore ha la facoltà di *recedere*, il che è ben diverso. La *risoluzione* suppone che la vendita esista, ma che la legge permette al compratore di farla risolvere per una condizione risolutiva tacita ch'essa suppone essere nell'intenzione delle parti contraenti, mentre il diritto di *recedere* dalla vendita implica che la vendita non è formata definitivamente e che dipende dalla volontà del compratore di mantenerla o di non mantenerla. Ecco una differenza essenziale fra la teoria del codice e quella di Pothier. Ve ne ha un'altra che ha attinenza colla prima. L'art. 1601 dà la scelta al compratore fra il recesso e il mantenimento della vendita. Pothier, al contrario, mantiene la vendita per principio, e solo permette al compratore di domandare la risoluzione. E per ottenere la risoluzione, il compratore deve provare che non avrebbe comperato se avesse saputo che la cosa fosse in parte perita. È il giudice che pronuncia la *risoluzione* ed è il compratore che *recede* dalla vendita.

Il sistema del codice ci pare più razionale che quello di Pothier. [illegible] al momento in cui interviene il consenso del compratore, vale a dire al momento in cui il contratto si forma, che la cosa era parzialmente perita. Bisogna dunque domandarsi: Il compratore avrebbe contrattato se avesse saputo che la cosa fosse in parte perita? La risposta a questa questione deciderà se vi ha o non vi ha vendita. Ma chi risponderà? Il solo compratore può sapere se gli conve-

(1) Duvergier, t. I, p. 283, n. 236, e tutti gli autori.

niva o no di comperare. Dunque la legge ha dovuto rimettersi a lui (1).

90. Si ammette generalmente un'altra interpretazione. È impossibile contestare al compratore il diritto di recedere dalla vendita, poichè la legge glielo accorda, ma si fa un'eccezione a questa facoltà. La vendita, si dice, potrà essere mantenuta, malgrado il compratore, se la parte perita era senza importanza relativamente al tutto, di modo che la perdita parziale non è che un pretesto pel compratore per rompere il contratto. Si fonda questa restrizione sull'art. 1636 che, in caso d'evizione parziale, permette al compratore di domandare la risoluzione della vendita quando la parte evitta è di tale entità, relativamente al tutto, che il compratore non avrebbe comperato senza la parte evitta (2). È difficile ammettere un'eccezione ad un diritto d'opzione che la legge accorda in termini assoluti. Basta l'analogia per derogare alla legge? È molto dubbio. Quello che ci pare certo si è che non vi ha analogia. L'art. 1636 prevede un'ipotesi diversa da quella regolata dall'articolo 1601. Nel caso dell'art. 1636 il contratto esiste, esso è eseguito, si tratta di risolverlo. La risoluzione annullerà tutti i diritti consentiti dal compratore, essa getterà il turbamento nelle relazioni civili. Si concepisce che il legislatore non la permetta che pel caso in cui è certo che il compratore evitto non avrebbe comperato. Accade tutto l'opposto nel caso dell'art. 1601. La vendita non esiste ancora, le cose sono integre. Si tratta di sapere se si costringerà il compratore a mantenere una vendita ove dichiari che non l'avrebbe fatta. L'equità che si invoca sta pel compratore. Ma così si abbandona la vendita al capriccio del compratore, dice taluno. Sia pure. Quando la legge accorda un'opzione in termini assoluti, essa si rimette per ciò solo alla volontà più o meno capricciosa di colui che ha la scelta. Dopo tutto, tale è la legge, e non è lecito all'interprete di correggerla (3).

91. Il compratore ha diritto di domandare la parte della cosa che non è perita, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale (art. 1601). Risulta dai termini della legge che il contratto di vendita non esisterà che quando il compratore avrà dichiarato che vuole mantenerla, e occorre inoltre che abbia fatto determinare il prezzo, perchè non vi ha vendita senza oggetto o senza prezzo, e questi elementi della vendita non esistono, nella specie, che per l'opzione del compratore e la stima proporzionale. Per stima proporzionale s'intende, non la stima del valore reale che ha la parte della cosa che non è perita, ma una stima che prende per base il prezzo fissato

---

(1) Marcadé, t. VI, p. 215, n. II dell'art. 1606.

(2) Duranton, t. XVI, p. 204, n. 184. Duvergier, t. I, p. 283, n. 237.

(3) Mourlon confessa che interpretando l'art. 1601 coll'art. 1636 lo si corregge (*Ripetizioni*, t. III, p. 222, n. 530).

dal contratto per la totalità della cosa e determina il prezzo della parte conservata proporzionalmente al prezzo primitivo (1).

92. La legge suppone, come Pothier, che le parti ignorassero, al momento del contratto, che la cosa fosse perita in tutto o in parte. Se la perdita è totale, non si può supporre che i contraenti abbiano trattato seriamente, sapendo che la loro convenzione non aveva oggetto. In ogni caso, il contratto sarebbe inesistente. Se il venditore lo sapeva e il compratore l'avesse ignorato, questi avrebbe diritto ai danni ed interessi, non in forza del contratto, poichè non esiste contratto, ma in forza dell'art. 1382, che si applica a tutti i casi in cui non v'ha convenzione. Se la perdita è parziale e il compratore l'abbia conosciuta, non può più invocare l'opzione che gli accorda l'articolo 1601, perchè ha consentito con cognizione di causa a comperare la cosa nello stato in cui si trova. Se ha trattato ignorando la perdita parziale, e il venditore l'abbia conosciuta, avrà diritto ai danni ed interessi dove la reticenza del venditore gli abbia creato un danno, il che non può accadere se non quando si vede costretto a recedere dalla vendita (2).

N. 2. — **Quali cose possono essere vendute.**

93. A termini dell'art. 1598, « tutto ciò che è in commercio può essere venduto, quando leggi particolari non ne abbiano vietata l'alienazione ». Abbiamo detto altrove che cosa s'intende per cose che sono in commercio. Quanto alle leggi particolari che vietano l'alienazione di certe cose, esse non entrano nel piano del nostro lavoro (3). Togliamo alla giurisprudenza qualche applicazione del principio stabilito dall'art. 1598.

94. Risulta dal codice penale (art. 319-321) e dal decreto del Consiglio del 16 luglio 1784 (4) che è vietato a chiunque di vendere o d'esporre in vendita, nelle fiere o mercati o in qualsivoglia altro luogo, cavalli o bestiami affetti o sospetti d'essere affetti da malattie contagiose. La proibizione assoluta di vendere mette questi animali fuori di commercio, e conseguentemente la vendita è nulla. Non si deve considerare se il venditore è o non è di mala fede. La vendita è nulla per mancanza d'oggetto; si potrebbe anzi sostenere che è inesistente. Così pure non si deve distinguere se la malattia costituisce un vizio redibitorio,

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 64, n. 30 *bis* II.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 64, n. 30 *bis* I e II.
(3) Aubry e Rau, t. IV, p. 353, note 35-42.
(4) Pubblicato nel Belgio col decreto consolare del 17 vendemmiale anno XI.

perchè la vendita non è nulla, a causa di un vizio, ma pel motivo che la cosa è sottratta al commercio (1).

95. Le funzioni pubbliche non sono in commercio. È cosa evidente. Si domanda se accada lo stesso delle concessioni che fa il governo. La questione si è presentata per le imprese di trasporti. Nella specie, le vetture che servivano a trasportare i viaggiatori erano state vendute dopo la morte del concessionario. La clausola di aggiudicazione portava che il compratore di questo lotto avrebbe il diritto dei venditori (i figli dell'appaltatore) alla concessione, salvo a lui a farvisi mantenere dalla competente autorità. Si vede come gli eredi del concessionario s'erano ben guardati dal vendere la concessione, poichè l'atto stesso provava che il compratore doveva domandarla al governo. Tutto ciò ch'essi promettevano era di non fargli concorrenza, nè lo potevano, essendo minorenni. La Corte di Bruxelles aggiunge che la nostra legislazione non proibisce in modo assoluto la vendita di un'impresa di trasporto, nemmeno quando vi si comprendesse l'autorizzazione data al venditore dal governo. L'ordinanza del 24 novembre 1829 (art. 11) pronuncia un'ammenda contro il concessionario, e sta il principio che, quando la legge sanziona le sue disposizioni con un'ammenda, esclude per ciò stesso la nullità. Questo principio è troppo assoluto, ci pare. L'ammenda non è una prova che il venditore ha fatto ciò che non aveva il diritto di fare, e che, quindi, la cessione è nulla? Lo stesso articolo soggiunge che inoltre l'appaltatore sarà, secondo le circostanze, passibile d'una sospensione o della soppressione della concessione. La Corte ne conchiude che il legislatore non ha inteso che la cessione fosse nulla per sè stessa e che lasciava all'autorità la cura di dichiarare se il cessionario dovesse essere mantenuto (2). Ma non è la conclusione contraria che se ne deve dedurre? Non si tratta di sapere se il governo può accordare la concessione al cessionario. Questo è fuori di dubbio. La questione sta nel sapere se la cessione gli dà un diritto. Ora, l'ordinanza non menziona nemmeno il cessionario, essa dice che il cedente potrà essere *sospeso* o *revocato*. Essa considera dunque la concessione come esistente ancora, malgrado la vendita che ne è stata fatta, il che prova che la vendita è nulla.

96. Un medico può vendere la sua clientela? La negativa è così evidente che fa meraviglia che la questione sia stata posta in questi termini. A dire il vero, nelle cause abbastanza numerose alle quali queste vendite hanno dato luogo non si trattava d'una cessione propriamente detta della clientela. L'abilità e l'esperienza del medico, come pure la fiducia degli ammalati, non si trasmettono per via di cessione. Basta appena

---

(1) Sentenza del tribunale di Bruges del 14 luglio 1873 (*Pasicrisie*, 1874, 3, 331).
(2) Bruxelles, 15 gennaio 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 339).

citare le sentenze che hanno deciso così (1). Ma la giurisprudenza ammette la validità delle convenzioni che intervengono fra medici quando hanno per oggetto un'obbligazione di fare che non ha nulla d'illecito. Un medico s'impegna verso un altro a non più esercitare la sua professione in un determinato luogo, come un comune, un dipartimento. Questa convenzione è valida, sotto una condizione però che noi abbiamo supposto, cioè che l'interdizione di praticare la medicina non sia assoluta. Abbiamo detto altrove che la giurisprudenza ammette, in questi termini, la validità delle convenzioni che limitano la libertà dell'industria, e la Corte di cassazione si è pronunciata nello stesso senso in quanto concerne la professione del medico (2). La decisione della Corte è intervenuta in un caso notevole. Era detto nell'atto che il medico vendeva, cedeva e trasmetteva la sua clientela al medico che doveva succedergli. D'una simile convenzione si può dire che è evidentemente nulla. Vi era un'altra clausola così concepita: « Il cedente s'interdice la facoltà d'esercitare la medicina in un raggio di due miriametri almeno, a cominciare dal 1.° marzo seguente. Fino a quel tempo egli dovrà continuare a curare i suoi ammalati, come prima, per conservare la clientela venduta ». La Corte d'Orléans interpretò la convenzione nel senso che l'oggetto principale era l'interdizione che il cedente s'imponeva d'esercitare la medicina. Infatti, per quanto si suppongano materialisti, i medici sanno che vi ha una cosa che non si compera e che non si vende, ed è la fiducia degli ammalati. Ciò è tanto evidente, che la Corte non ha avuto riguardo alla clausola che implicava una simile vendita. Si può aggiungere che la cessione della clientela, quale è intesa dai medici, consiste in ciò che il medico che la cede s'impegna a presentare il suo successore ai suoi clienti, gli fa conoscere gli ammalati e l'aiuta a guadagnare la loro fiducia (3). Anche così limitata, la convenzione ci ripugna. Il cedente è interessato a raccomandare il cessionario, che può non meritare la fiducia che si sollecita per lui. È un conflitto fra la coscienza e la cupidigia, e, in questa lotta, avviene troppo di sovente che il dovere venga sacrificato all'interesse.

97. L'art. 1598 richiama una regola generale applicabile a tutte le convenzioni (art. 1128). Vi hanno altre regole che abbiamo esposto al titolo delle *Obbligazioni*. Esse sono egualmente applicabili alla vendita A termini dell'art. 1129, bisogna che l'obbligazione abbia per oggetto una cosa determinata,

---

(1) Parigi, 29 dicembre 1847 (Dalloz, 1847, 2, 193, e 1846, 3, 62) e 6 marzo 1851 (Dalloz, 1851, 2, 185).

(2) Rigetto, 13 maggio 1861 (Dalloz, 1861, 1, 316). Cfr. Angers, 28 dicembre 1848 (Dalloz, 1850, 2, 193).

(3) Sentenza del tribunale della Senna del 3 marzo 1846 (Dalloz, 1846, 3, 62). Parigi, 6 marzo 1851 (Dalloz, 1851, 2, 185).

almeno riguardo alla sua specie. La Corte di Parigi ha dichiarato nulla la vendita d'un fondo di commercio con mercanzie e diritto all'affitto, perchè l'atto non conteneva un inventario delle mercanzie atto a far conoscere in quale proporzione esse erano entrate nella determinazione del prezzo (1). Citiamo la decisione a titolo d'avviso per coloro che stendono gli atti. Il buon senso basta per decidere che non vi ha vendita quando non si sa ciò che è stato venduto.

98. L'art. 1130 dice che le cose future possono essere oggetto di obbligazione. Esso fa eccezione per le successioni non ancora aperte. L'art. 1600 applica questo principio alla vendita in questi termini: « Non si può vendere la successione d'una persona vivente, nemmeno col consenso di questa ». Rimandiamo a quanto si è detto dei patti successorii al titolo delle *Obbligazioni*.

99. La vendita delle cose future è aleatoria quando le parti hanno inteso vendere e comperare un'alea. Tale è la vendita d'un raccolto, quando, nel pensiero delle parti contraenti, è una speranza che forma l'oggetto della convenzione. Vi siano o non vi siano frutti, il compratore dovrà pagare il prezzo, perchè il prezzo rappresenta l'alea, non rappresenta i frutti. Quando i frutti futuri sono l'oggetto del contratto, non vi sarà vendita se non vi sono frutti. È cosa elementare (2). Fu giudicato che il principio s'applica all'epoca stipulata per la consegna, nel senso che il ritardo nella raccolta in conseguenza del cattivo tempo ritarda anche il momento in cui deve farsi la consegna (3).

Togliamo alla giurisprudenza un'altra applicazione che presenta maggior interesse dell'esempio tradizionale dei frutti. Si vendono sessanta azioni d'una società che le parti credevano in via di costituirsi, col capitale di quattro milioni, divisibile in ottomila azioni, per l'esercizio di miniere di carbon fossile e per lo stabilimento di nuovi mezzi di trasporto. Le sessanta azioni furono vendute pel prezzo di settemila e quattrocento lire, immediatamente pagato. L'atto stipulava che, ove le azioni non fossero consegnate nel termine di quaranta giorni, il cedente pagherebbe al cessionario la somma di tremila lire a titolo di danni ed interessi indipendentemente dalla restituzione del prezzo. La società che le parti avevano in vista non essendosi costituita, il compratore reclamò l'esecuzione della convenzione. Era la vendita d'una cosa futura. Il compratore sostenne che la restituzione del prezzo e i danni ed interessi gli erano dovuti per ciò solo che non gli erano state consegnate le azioni. La Corte di Lione risponde che la vendita era nulla per mancanza

(1) Parigi, 2 marzo 1850 (DALLOZ, 1852, 2, 62).
(2) DURANTON, t. XVI, p. 193, n. 172, e tutti gli autori.
(3) Gand, 4 dicembre 1863 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 406).

d'oggetto. Non essendosi costituita la società, non vi erano azioni, e quindi non vi era oggetto, il che importava la nullità, o, per meglio dire, l'inesistenza della vendita. E colla vendita cadeva anche la clausola penale che aveva per iscopo d'assicurarne l'esecuzione (1).

N. 3. — Della vendita della cosa altrui (2).

I. — Che cosa è la vendita della cosa altrui?

100. « La vendita della cosa altrui è nulla » (art. 1599). Nell'antico diritto essa era valida. « Si può, dice Pothier, vendere validamente la cosa altrui senza il consenso del proprietario ». È vero che il venditore non può trasmettere la proprietà d'una cosa che non gli appartiene, ma secondo i principii del diritto romano, seguiti dalla nostra antica giurisprudenza, la vendita non consisteva nel trasferimento della proprietà della cosa venduta: vi era vendita per ciò solo che il venditore si obbligava a far avere la cosa venduta al compratore. Se il venditore si trovava nell'impossibilità di adempiere la sua obbligazione, era tenuto ai danni ed interessi, come vi è tenuto chiunque promette una cosa possibile in sè, ma che non è nella facoltà del debitore di compiere (3).

101. Il codice ha innovato annullando una convenzione che l'antico diritto dichiarava valida. Quali sono i motivi dell'innovazione? È questo un punto capitale, perchè i motivi determinano il carattere della nullità, e da qui dipende la soluzione delle numerose difficoltà che questa materia presenta. I motivi sono stati esposti dai tre oratori che hanno preso la parola davanti il corpo legislativo. Sentiamo prima Portalis, l'oratore del Governo. Egli dice che il codice elimina tutte le sottigliezze del diritto romano. Si tratta dunque di un nuovo principio giuridico. Quale ne è il fondamento? Portalis suppone che le parti abbiano contrattato scientemente la cosa altrui. Il compratore conosce il vizio della cosa venduta, egli sa che il venditore non può trasferirgliene la proprietà. È contro ogni ragione ed ogni principio che le parti dispongono, con cognizione di causa, di una proprietà che spetta a un terzo, all'insaputa del quale esse trattano (4). Tronchet trovava questa convenzione così irragionevole che la chiamava ridicola (5). Noi non dobbiamo apprez-

---

(1) Lione, 18 maggio 1854 (DALLOZ, 1855, 2, 13).

(2) DE FOLLEVILLE, *Saggio sulla vendita della cosa altrui*, Parigi, 1874. BONAFES, *Studio sul legato e la vendita della cosa altrui*. LELIGOIS, *Della vendita della cosa altrui* (*Rivista critica*, 1869, t. XXXV).

(3) POTHIER, *Della vendita*, n. 7.

(4) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, n. 19 (LOCRÉ, t. VII, p. 73).

(5) Seduta del Consiglio di Stato del 30 frimaio anno XII, n. 21 (LOCRÉ, p. 32).

zare questi motivi: ci basta l'esporli. È certo che gli autori del codice si sono ingannati. I giureconsulti romani e Pothier, che li segue, non pensavano a spogliare il proprietario della sua cosa trasferendone la proprietà suo malgrado. Ciò non ha senso. Invece l'innovazione, che Portalis spiega molto male, consiste in un cambiamento di principio concernente l'oggetto della vendita. Se l'oggetto della vendita è di trasferire la proprietà, è certo che la vendita della cosa altrui non potrebbe essere valida. È un cambiamento di teoria. Portalis trovava che la dottrina romana era troppo sottile. Quella del codice è più in armonia coll'intenzione delle parti contraenti.

Faure, relatore del Tribunato, è più esplicito. Egli ci dirà in che consiste la sottigliezza che gli autori del codice rimproverano all'antico diritto. La trasmissione della proprietà è l'oggetto della vendita. Dunque non si deve aver diritto di vendere una cosa che non ci appartiene, poichè non ne è lecito di trasmetterne la proprietà. Chi vende una cosa di cui non è proprietario non può adempiere l'obbligazione essenziale del venditore; il compratore non può ottenere contro di lui che una condanna ai danni. È dunque per una mera sottigliezza che si chiama vendita un contratto che non produce gli effetti della vendita. Se ne vuole la prova? dice Joubert. Se lo stesso giorno in cui io vendo la cosa che vi appartiene voi pure la vendete, vi saranno due vendite? Sì, secondo la dottrina tradizionale. Ora, è assurdo che una sola e medesima cosa sia venduta nello stesso istante da due persone. Se la vendita consentita dal proprietario è una vendita, bisogna dire che il contratto fatto dal non proprietario non è una vendita (1). Ecco il cambiamento di principio nettamente formulato. L'art. 1599 è una conseguenza del nuovo principio, secondo il quale la vendita ha per scopo di trasferire la proprietà. Ciò è tanto vero che l'art. 1599 è il solo testo del codice in cui il nuovo principio sia consacrato.

Anche Grenier, l'oratore del Tribunato, dice che la legislazione romana è sembrata contraria al vero principio della vendita, il cui unico scopo dev'essere una trasmissione di proprietà. Egli soggiunge che in alcuni casi la vendita della cosa altrui poteva favorire scopi immorali. Grenier non dice quali sono questi casi, ma, nello stesso alinea, cita come esempio dell'articolo 1599 la vendita che un figlio facesse di un immobile appartenente al padre. Ciò che vi ha d'immorale in una simile vendita non è il contratto come tale, ma la condotta del figlio. Ciò ch'egli fa all'insaputa di suo padre rivela un'indelicatezza che può avere la sua causa nell'immoralità. Grenier conclude che è sembrato più conforme alla *natura delle cose* ed alle *viste sane della morale* annullare l'impegno come vendita (2).

---

(1) FAURE, *Relazione al Tribunato*, n. 18 (LOCRÉ, t. VII, p. 91).
(2) GRENIER, *Discorsi*, n. 15 (LOCRÉ, t. VII, p. 109).

Ecco l'interpretazione ufficiale che gli autori del codice hanno dato dell'art. 1599. Tutti, compreso Tronchet, il migliore giureconsulto del Consiglio di Stato, s'accordano sopra un punto, cioè che la dottrina romana è stata esclusa, perchè parve contraria al vero principio della vendita. Questione puramente scientifica, che non riguarda menomamente nè i buoni costumi nè l'ordine pubblico. Un solo, Grenier, disse che in alcuni casi la regola tradizionale poteva favorire viste immorali. Egli non disse che la regola fosse per sè stessa immorale. Infatti, la morale è fuori di causa. Ciò è tanto vero che si può ancora fare, sotto l'impero del codice, un contratto avente assolutamente i caratteri e gli effetti della vendita della cosa altrui come la comprendeva Pothier. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto, come diremo più avanti. Dunque il contratto, per sè stesso, non è viziato come contrario ai buoni costumi, e non è esatto il dire, come fa Portalis, che vi sia un vizio nella cosa.

102. Però questo linguaggio scorretto esprime il pensiero degli autori del codice. È la ragione per la quale essi dichiarano nulla la vendita della cosa altrui. Vi ha un vizio che intacca questa vendita, e questo vizio ne trae seco la nullità. La conseguenza non è in armonia col principio dal quale è dedotta. In che consiste l'innovazione che l'art. 1599 apporta all'antico diritto? Che il venditore si obbliga a trasferire la proprietà della cosa venduta. Se vende la cosa altrui, non può adempiere questa obbligazione. Quale ne dovrebbe essere la conseguenza? La risoluzione della vendita, e non la nullità. Quando il venditore non può eseguire ciò che ha promesso, il compratore ha diritto di domandare la risoluzione del contratto coi danni ed interessi. Ora, tale è appunto la condizione delle parti quando il venditore s'impegna a vendere la cosa altrui. È una causa di risoluzione, non è una causa di nullità. Perchè vi sia nullità occorre un vizio che intacchi il contratto. Ora, nella specie, non vi ha vizio. Checchè ne dica Portalis, la cosa non è viziata perchè la cosa altrui può formare l'oggetto di un contratto assolutamente analogo a quello del diritto romano.

La *nullità* dell'art. 1599 dovrà quindi essere intesa nel senso di *risoluzione*? (1). Lo si sostenne, ma la cosa è inammissibile. La parola *nullo* non significa mai *risolubile*. Non si può imputare agli autori del codice una inesattezza di linguaggio che implica un errore giuridico, perchè altra cosa è un vizio che intacca una obbligazione e che la rende annullabile, ed altra una condizione risolutiva espressa o tacita che la rende risolubile. Bisogna dunque prendere la legge qual'è, e considerare la vendita come nulla. Resta a sapersi qual sia il carattere della nullità. È dessa d'ordine pubblico? La nullità significa che la vendita è inesistente?

---

(1) È l'avviso di COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 55, n. 28 *bis* VI.

O la vendita è semplicemente annullabile e la nullità è d'interesse privato, il che la rende relativa?

103. Questa questione domina tutta la nostra materia. Essa è vivamente controversa. Marcadé, se non c'inganniamo, è il primo che abbia sostenuto che la vendita della cosa altrui è radicalmente nulla, che è inesistente, come diciamo scolasticamente. Questa opinione fu riprodotta nei recenti lavori che abbiamo citati più sopra (1). L'opinione contraria è più generalmente professata, ed è consacrata dalla giurisprudenza. Noi non esitiamo ad ammetterla.

Al titolo delle *Obbligazioni*, abbiamo detto che vi hanno condizioni che la dottrina esige per l'esistenza dei contratti non solenni. Sono desse il consenso, l'oggetto e la causa. Il consenso non è contestato. È difficile negare che la vendita abbia un oggetto. Tutto ciò che si può dire si è che la legge non permette che la cosa altrui formi oggetto della vendita, il che costituisce una causa illecita, la quale rende il contratto inesistente. Dobbiamo dunque vedere se vi ha una causa illecita nel senso dell'art. 1131. Il codice definisce la causa illecita quella che è contraria ai buoni costumi od all'ordine pubblico (art. 1133). Si potrebbe credere che il testo decida la questione, poichè la legge proibisce la vendita della cosa altrui. Sarebbe un'erronea interpretazione dell'art. 1133. Non basta che la legge proibisca di vendere la cosa altrui perchè la vendita abbia una causa illecita, bisogna vedere se la proibizione influisce sul motivo giuridico che ha indotto le parti a contrattare. È questo motivo giuridico che costituisce la causa. Perchè la vendita della cosa altrui è nulla, risulta che il motivo giuridico del venditore e quello del compratore sono illeciti? Bisogna vedere qual sia la ragione per la quale il legislatore ha proibito la vendita della cosa altrui. Se è per un interesse privato, vi sarà nullità a vantaggio della parte nell'interesse della quale il divieto è stabilito, il che esclude l'inesistenza del contratto e, per conseguenza, la causa illecita che lo rende inesistente. Ora, le ragioni che hanno indotto il legislatore a riprovare il contratto che l'antico diritto considerava come valido non concernono che i diritti del compratore. La vendita della cosa altrui non lo rende proprietario e in questo senso essa è viziata e nulla. Per ciò solo che la nullità è relativa, resta provato che il contratto esiste, o, se si vuole, il divieto dell'art. 1599, per sua essenza non può importare l'inesistenza della vendita, ma solamente la nullità.

Si insiste e si dice che, secondo l'art. 1131, la causa è illecita anche quando è contraria ai buoni costumi o all'ordine

(1) MARCADÉ, t. VI, p. 201, n. I dell'art. 1599. LELIGOIS, *Rivista critica*, t. XXXV, p. 22, n. 7. DE FOLLEVILLE, p. 55, n. 53. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. IV, p. 356, nota 51 e le autorità che citano. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 54, n. 28 *bis* V. Parigi, 25 agosto 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 133).

pubblico. Bisogna anzitutto lasciar da parte l'ordine pubblico, poichè esso concerne lo stato delle persone e l'incapacità che ne risulta. Ora non si tratta nella specie dell'incapacità delle parti. Che se per ordine pubblico s'intende l'interesse pubblico, questo interesse non può essere che quello dei buoni costumi. Si pretende, infatti, che la legge abbia vietato la vendita della cosa altrui, perchè essa è contraria alle viste d'una sana morale, come dice Grenier. Coloro che rimproverano alla dottrina romana d'essere immorale dimenticano che i giureconsulti di Roma erano stoici, e che, se un rimprovero può farsi alla scuola stoica, è che la sua morale era di un rigore eccessivo. Essi dimenticano ancora che Pothier non supponeva nemmeno che la vendita della cosa altrui fosse immorale, e Pothier è il giureconsulto cristiano per eccellenza. Egli non ama le sottigliezze romane, le ripudia perchè gli paiono contrarie al diritto naturale. Noi non oseremmo riprovare come immorale una dottrina accolta da Pothier. E, in realtà, la vendita della cosa altrui non ha nulla di comune coi buoni costumi. Si è detto che la vendita della cosa altrui attenta all'ordine sociale perchè viola la proprietà. Si comprenderebbe il rimprovero se la vendita attentasse ai diritti del proprietario, ma i suoi diritti restano salvi, egli può rivendicare la sua cosa contro il terzo acquirente, egli può reclamare danni ed interessi contro il venditore. Se prova qualche danno, è per sua negligenza. Un proprietario che veglia ai suoi interessi non lascia vendere ciò che gli appartiene a sua insaputa.

L'espressione *ordine pubblico* è così vaga che si potrà sempre sostenere che un atto è contrario all'ordine pubblico quando vi ha un interesse generale in causa. Ora, l'interesse dei privati e quello della società sono così strettamente connessi che si incontra quasi sempre un interesse privato nelle leggi che sono d'ordine pubblico, e viceversa s'incontra l'interesse pubblico quando la legge statuisce per un interesse privato. Bisogna vedere allora quale è l'interesse dominante. Noi l'abbiamo segnalato analizzando i lavori preparatorii (n. 101). È il compratore che è principalmente interessato a che non gli si venda una cosa di cui non gli si può trasmettere la proprietà, e quindi l'interesse privato domina. Se ne vuole una prova irrefragabile? Il codice decide la questione. Quando un contratto è inesistente non può avere alcun effetto. Tali sono i termini dell'art. 1131, ed è questo articolo che tratta della causa illecita. Ma la vendita della cosa altrui non ha alcun effetto? L'articolo stesso che la dichiara nulla soggiunge ch'essa può dar luogo a danni ed interessi. Un atto inesistente è il nulla. Nella vendita inesistente non vi ha nè venditore nè compratore, e il nulla non può generare un'obbligazione. Si fanno alcune obbiezioni, alle quali risponderemo. Pel momento raccogliamo i testi. Ora, il testo dell'art. 1599 è formale. È la *vendita della cosa altrui* che dà luogo a danni ed interessi; dunque essa esiste agli occhi della

legge. Essa produce altri effetti ben più considerevoli. Il compratore non ha soltanto l'azione di danni ed interessi, ma ha un'azione speciale alla vendita, l'azione di garantia (art. 1626). Così la vendita della cosa altrui è il nulla, e questo nulla produce gli effetti della vendita! Il compratore può usucapire, tutti sono d'accordo su questo punto. Però per prescrivere in dieci anni occorre un giusto titolo (art. 2265). Così la vendita della cosa altrui, che è il nulla, costituisce tuttavia un *giusto titolo*. La vendita viziata nella sua essenza, la vendita immorale, la vendita che viola la proprietà, deve servire a spogliare il proprietario vero e darà la proprietà a colui che non ha per sè che un contratto su causa illecita. Infine il compratore di buona fede lucra i frutti. Ora, per essere possessore di buona fede. bisogna possedere in forza di un titolo traslativo di proprietà. E qual'è il titolo di chi ha comperato la cosa altrui? Il suo solo titolo è il nulla. Decisamente il nulla ha gli effetti della vendita, salvo che la proprietà non viene trasferita. È questo un contratto su causa illecita *che non può avere alcun effetto*?

II. — Quando vi ha vendita della cosa altrui?

104. Non bisogna credere che vi sia vendita della cosa altrui in tutti i casi in cui il venditore non ha, al momento della vendita, la proprietà della cosa che forma l'oggetto della vendita. Grenier ne ha fatto l'osservazione nel suo discorso al Corpo legislativo. « L'art. 1599, egli dice, riguarda principalmente gli immobili. Non si può applicarlo agli oggetti che formano la materia di transazioni commerciali e che è nell'intenzione e nel potere del venditore di procurarsi ». Chi vende del grano o del vino che non ha non vende ciò che appartiene a un terzo, perchè le cose indeterminate, quelle che consistono in una specie, non appartengono a nessuno. Dunque non vi ha vendita della cosa altrui (1).

105. Bisogna però confessare che queste vendite rassomigliano a quelle che l'antico diritto autorizzava e che il codice dichiara nulle. Il venditore si obbligava a far avere la cosa al compratore, dice Pothier, ed era tenuto ai danni ed interessi quando il proprietario rifiutava il suo consenso. Così la vendita della cosa altrui implicava di regola che il venditore si procurasse la cosa con una convenzione fatta col proprietario. Una simile vendita può farsi ancora sotto l'impero del codice, malgrado il divieto dell'art. 1599. Io convengo con voi di vendervi un certo immobile appartenente al vostro vicino, e mi obbligo ad acquistarlo, a consegnarvelo. È questa una vendita di cosa altrui?

(1) DURANTON, t. XVI, p. 200, n. 181, e tutti li to

No. A dire il vero non è una vendita. Il debitore si obbliga ad acquistare anzitutto l'immobile, ciò che costituisce un'obbligazione di fare. È soltanto quando avrà acquistato l'immobile che la vendita si compirà. Così pure io garantisco che Pietro vi venderà la sua casa per il tale prezzo. La convenzione è valida. Su questo punto non vi ha alcun dubbio, poichè abbiamo un testo, l'articolo 1120. Non è la vendita della cosa altrui per l'eccellente ragione che non è una vendita, ma un'obbligazione di fare, sanzionata da danni ed interessi (1). Bisognerebbe riguardare come valida anche la convenzione formulata in questi termini: « Io vi vendo la cosa di Pietro per il tale prezzo ». Non è una vendita, ma un'obbligazione o di procurarmi questa cosa per consegnarvela, o di fare in modo che Pietro ve la consegni. La formola è diversa, ma la convenzione è identica.

106. Non basta. La vendita della cosa altrui, come è spiegata da Pothier secondo il diritto romano, potrebbe essere stipulata sotto il codice civile, non come vendita, ma come contratto innominato. Io mi obbligo, mediante una somma di denaro, a procurarvi il pacifico possesso d'una cosa che credo mia. Non è la vendita della cosa altrui, perchè io non mi obbligo a trasferirvi la proprietà della cosa. Non è dunque una vendita, ma un contratto innominato che non ha nulla d'illecito. Voi avrete un'azione contro di me tendente a farvi mettere in possesso. Se non ve la consegno, sono tenuto ai danni ed interessi, e se ve la consegno, ma siete evitto, sarò ancora tenuto a garantirvi (2).

107. La convenzione romana non è nei nostri costumi, non s'incontra nella pratica, ma la giurisprudenza ha convalidato convenzioni analoghe. Pietro consente a profitto di Paolo una promessa di vendita d'una masseria, proprietà dotale di sua madre. Il promettente prende l'impegno di farsi donare la detta masseria, rendendosi garante pei suoi genitori. Il creditore entrò immediatamente in godimento. Conformemente alla promessa, fu fatta dalla madre donazione al figlio. Questi mette il creditore in mora di realizzare la promessa di vendita con atto notarile, come era stato convenuto verbalmente. Il creditore vi si rifiutò, allegando che la promessa di vendita era nulla, siccome vendita della cosa altrui. Egli contestò anche la validità della donazione che la madre aveva fatta al figlio. Lasciamo da parte quest'ultimo punto. È stato giudicato che non vi era vendita della cosa altrui. Infatti, il promettente riconosceva di non essere proprietario della masseria, e solo si obbligava a divenirlo. La Corte ne conchiude che la promessa in controvesia era una

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 199, n. 180. DUVERGIER, t. I, p. 270, n. 222. AUBRY e RAU, t. IV, p. 357 e nota 54, § 351.
(2) MOURLON, t. III, p. 216, n. 516. COLMET DE SANTERRE, t. VIII, p. 52 numero 28 *bis* II.

obbligazione condizionale soggetta alla condizione sospensiva che il promettente diverrà proprietario della cosa venduta. Ci pare più esatto il dire che non era nè la vendita della cosa altrui, nè una vendita condizionale, perchè il promettente si obbligava puramente e semplicemente. Ciò che prova che non vi era nulla di condizionale nella sua obbligazione si è che il creditore fu immediatamente messo in possesso. Era dunque un contratto non previsto dalla legge, ma valido (1).

Vi sono due sentenze della Corte di Bruxelles in questo senso. Nel primo caso il convenuto si era obbligato a comperare dalla città di Lovanio un terreno per consegnarlo all'attore. Si pretese che l'obbligazione era nulla, siccome vendita della cosa altrui. Ciò che complicava la difficoltà era che lo Stato era ancora proprietario del terreno al momento della convenzione. Però è stato giudicato che la convenzione era valida. Non è la vendita della cosa altrui, dice la Corte di Bruxelles, per la semplicissima ragione che il contratto non è una vendita. Il debitore non vendeva, si obbligava a comperare, convenzione perfettamente valida, quand'anche la città di Lovanio non fosse divenuta proprietaria L'obbligazione si risolveva allora in danni ed interessi (2).

Nel secondo caso, la convenzione portava che il debitore si obbligava a divenire il solo ed esclusivo proprietario di un brevetto d'invenzione che era proprietà di un terzo e di retrocederlo al creditore. Era la vendita della cosa altrui? No, dice la Corte. Il promettente non vendeva, egli si obbligava ad acquistare la proprietà del brevetto per retrocederlo poi al creditore. La vendita non doveva dunque compiersi che quando il debitore avesse acquistato la proprietà del brevetto (3).

108. Uno dei comproprietarii per indiviso d'una cosa la vende come se gli appartenesse per intero. Vi ha vendita della cosa altrui? Ci pare che l'affermativa non sia dubbia. Di che cosa è proprietario il venditore? Della sua parte indivisa. Egli non può dunque vendere che questa. Se vende tutta la cosa come appartenente a lui, vende le parti indivise dei suoi comproprietarii. Per queste parti vi ha vendita della cosa altrui. Il compratore può dunque domandare che la vendita sia annullata per le parti dei comproprietarii del venditore. Egli potrebbe anche, secondo l'opinione comune, domandare la nullità totale della vendita, se ignorava che la cosa fosse indivisa. Si suppone che non avrebbe comperato la cosa se avesse avuto conoscenza dell'indivisione. Questo ci pare dubbio. Il compratore non può fondare la sua domanda sull'art. 1599, perchè la vendita non è

---

(1) Parigi, 25 agosto 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 133). Nello stesso senso, Cassazione, 8 gennaio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 61).
(2) Bruxelles, 14 luglio 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 324).
(3) Bruxelles, 15 maggio 1869 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 325).

una vendita di cosa altrui per l'intiero, e la legge gli permette di domandare la nullità solo in quanto vi ha vendita della cosa altrui. Il compratore non potrebbe dunque invocare che l'errore come quello che ha viziato il suo consenso. Noi ammettiamo ch'egli possa agire, ma spetta a lui provare che l'errore è sostanziale (1).

109. L'art. 1599 ha dato luogo ad una questione vivamente controversa, la questione di sapere se la vendita consentita dall'erede apparente è nulla come vendita della cosa altrui. Noi l'abbiamo esaminata al titolo delle *Successioni*.

110. L'art. 1599 si applica alle vendite mobiliari? Per principio, sì, poichè la legge non distingue, e non era il caso di distinguere. Ma l'applicazione del principio è modificata dalla massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo. Chi acquista in buona fede un mobile corporale ne diviene proprietario nel senso che può respingere l'azione di rivendicazione che il proprietario intentasse contro di lui. Quindi egli non può domandare la nullità della vendita, sebbene sia la vendita della cosa altrui, perchè l'azione di nullità fondata sull'art. 1599 suppone che il compratore non è divenuto proprietario. Quando egli ha acquistato la proprietà, non ha più nè diritto nè interesse ad agire. È l'opinione generale (2). Essa ci lascia un dubbio. La massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo non ha per fondamento una prescrizione istantanea che il possesso compie a suo profitto? E si può far valere contro di lui la prescrizione s'egli rifiuta di invocarla? Ritorneremo sulla questione al titolo della *Prescrizione*.

III. — Chi può domandare la nullità.

111. La questione di sapere chi possa domandare la nullità della vendita dipende dalla natura della nullità. Noi abbiamo ammesso, coll'opinione generale, che la nullità non è radicale. Ne risulta che non è assoluta, ma relativa. Per sapere chi può domandare la nullità, bisogna vedere nell'interesse di chi la legge ha dichiarato la vendita nulla. È certo che la nullità è stabilita nell'interesse del compratore. Egli ha comperato per divenire proprietario. Se il venditore gli consegna la cosa altrui, la vendita non raggiunge lo scopo che le parti avevano in vista. È questo il motivo della nullità; esso interessa il compratore. Il suo diritto d'agire non è mai stato contestato, almeno dalla dottrina. Vi ha una sentenza contraria della Corte di Bruxelles

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 272, n. 224. AUBRY e RAU, t. IV, p. 357 e seg., note 57 e 58, § 351. Bruxelles, 29 febbraio 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 70), e 29 luglio 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 116).

(2) AUBRY e RAU, t. IV, 357, n. 56, § 351. DE FOLLEVILLE, p. 146, n. 149.

la quale non si spiega che coll'influenza che la tradizione esercita sui magistrati. La Corte dice che la nullità della vendita della cosa altrui è relativa soltanto al proprietario della cosa e non toglie menomamente che il compratore sia tenuto, verso il venditore, all'adempimento delle obbligazioni contratte (1). Tal era il diritto antico, ma il nuovo è diverso. Non occorre insistere per dimostrarlo, la prova risultando dal testo stesso della legge. La vendita è nulla fra le parti, non rispetto al proprietario, perchè questi non domanda la nullità, ma rivendica come se la vendita non esistesse. Infatti, la vendita non esiste a suo riguardo, le convenzioni non avendo effetto che fra le parti contraenti.

112. Quando può agire il compratore? Abbiamo già risposto alla domanda. La legge considera la vendita come viziata per ciò solo che ha per oggetto la cosa altrui. Ora, dal momento che esiste un vizio il quale rende la convenzione nulla, la parte interessata può domandare immediatamente la nullità. Essa lo può anche prima dell'esecuzione del contratto, perchè ha interesse a liberarsi dalle assunte obbligazioni. L'azione essendo fondata sul fatto che il venditore non è proprietario, il compratore dovrà provare che la cosa venduta appartiene ad altri. Non basta ch'egli possa temere d'essere evitto, per quanto il timore sia serio, quand'anche fosse proposta contro di lui una domanda di rivendicazione. Bisogna ch'egli fornisca la prova positiva che il venditore non è proprietario. Finche vi ha soltanto turbativa, il compratore ha soltanto il diritto di sospendere il pagamento del prezzo (art. 1653).

La giurisprudenza è in questo senso. Citeremo, per la curio sità del fatto, una recente sentenza della Corte di cassazione. Un banchiere di Parigi acquista da un banchiere di Londra un buono al portatore di trentun mila e cinquecento lire sul tesoro francese. Questo titolo era stato rubato. Il proprietario fece opposizione al pagamento. Il compratore ripetè immediatamente l'importo del titolo contro il venditore. Questi rispose che non era sicuro che l'evizione fosse consumata. Era un pessimo cavillo, perchè era riconosciuto dalle parti che il titolo era stato rubato, il che provava che il venditore aveva venduto la cosa altrui. Dunque l'azione del compratore era immediatamente ammissibile. Così è stato giudicato dalla Corte di Parigi, e, sul ricorso, intervenne una sentenza di rigetto (2).

113. Il compratore può agire se il venditore è in buona fede? La risposta è scritta nel testo della legge. L'art. 1599 non distingue, e non era il caso di distinguere. La vendita è nulla pel motivo che il venditore non può trasferire la proprietà della

---

(1) Bruxelles, 30 giugno 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p, 435). Vedi la confutazione della sentenza nella nota del compilatore della raccolta, p. 437.
(2) Rigetto, 8 dicembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 128).

cosa venduta. In questo senso, si può dire, con Portalis, che il vizio risiede nella cosa. Dal momento che si tratta di cosa d'altri, la vedita è nulla. La buona fede del venditore non toglie ch'egli si trovi nell'impossibilità di trasferire la proprietà. Essa potrà essere presa in considerazione solo quando si tratterà di determinare l'ammontare dei danni ed interessi. Ritorneremo su questo punto (1).

114. Il compratore può agire se ha comperato scientemente la cosa altrui, vale a dire se è in mala fede? Sì, e senza alcun dubbio, perchè l'art. 1599 decide implicitamente la questione in questo senso. La legge dice che il compratore di buona fede può reclamare danni ed interessi. Essa rifiuta dunque implicitamente questo diritto al compratore di mala fede, il che suppone ch'egli possa domandare la nullità, quantunque conosca di acquistare la cosa altrui. Si è detto non potersi, in questo caso, giustificare la legge (2) Rispondiamo ch'essa si giustifica col principio sul quale è fondata. La vendita è viziata e nulla dal momento che ha per oggetto la cosa altrui. Ecco la causa della nullità, e la causa sussiste, quantunque il compratore abbia saputo che comperava la cosa altrui. La disposizione si giustifica anche dal punto di vista dell'equità. Se il compratore non potesse domandare la nullità, il venditore avrebbe diritto al prezzo, senza aver adempito l'obbligazione che serve di causa al prezzo medesimo. Egli s'arricchirebbe dunque a spese del compratore.

2. — Del venditore.

115. Il venditore può domandare la nullità? Se si ammette che la vendita della cosa altrui è inesistente, o colpita di nullità radicale bisogna accordare l'azione di nullità a tutti coloro che hanno interesse ad agire (3). Per meglio dire, non vi sarebbe nemmeno azione di nullità, perchè non si domanda la nullità di ciò che non esiste. Il venditore potrebbe sempre invocare l'inesistenza del contratto se il compratore ne domandasse l'esecuzione, e questi avrebbe trent'anni per ripetere il prezzo che avesse indebitamente pagato. Noi abbiamo respinto il principio, e dobbiamo quindi rigettare anche la conseguenza che se ne deduce.

Secondo la nostra opinione, la nullità è relativa. Essa è stabilita nell'interesse del compratore, e contro il venditore che

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 54, n. 28 *bis* IV.

(2) Mourlon, t. III, p. 218, n. 519.

(3) Leligois, nella *Rivista critica*, t. XXXV, p. 21, n. 6. De Folleville, p. 76, n. 80, e p. 98, nn. 105 e 106. Marcadé non resta conseguente al suo principio t. VI, p. 203, n. II dell'art. 1599.

vende una cosa di cui gli è impossibile trasferire la proprietà all'acquirente. Dunque il venditore non può invocarla. Invano addurrebbe il suo interesse. Nessuno lo contesta. Ma, per poter agire, non basta l'interesse. Quando la nullità è relativa, bisogna che la legge abbia stabilito la nullità in forza di questo interesse. L'equità è d'accordo col rigore del diritto. Quando il venditore sia di mala fede, la cosa è evidente. Ma anche quando è in buona fede, egli ha una colpa da rimproverarsi, e deve subire le conseguenze della sua colpa. Se la nullità fosse d'ordine pubblico, la colpa del venditore non gl'impedirebbe di agire perchè agirebbe tanto nell'interesse pubblico quanto nel suo proprio. Ma nel sistema della nullità relativa, non si comprende come il venditore, che ha contro di sè il diritto, invochi il proprio interesse, quando la condizione pregiudizievole in cui versa è dovuta alla sua negligenza o al suo dolo (1).

116. Quelli che ammettono l'inesistenza della vendita non sono tutti conseguenti al loro principio. Accade lo stesso degli scrittori i quali insegnano che la convenzione è soltanto annullabile. Gli uni accordano l'azione di nullità al creditore di buona fede e la rifiutano al venditore di mala fede. Altri gli concedono solo un' eccezione contro il compratore, ma non gli permettono di domandare la nullità dopo che ha fatta la consegna. Queste distinzioni ci sembrano arbitrarie. La buona fede del venditore non lo esonera dall'adempiere le sue obbligazioni, ed egli versa nell'impossibilità di adempierle. Potrà invocare questa impossibilità per domandare la nullità della convenzione? Quanto alla distinzione fra l'azione e l'eccezione, i principii la respingono. Opporre l'eccezione di nullità significa domandare la nullità, poichè il convenuto diviene attore in quanto concerne l'eccezione. È anche contrario all'equità che il venditore possa opporre l'eccezione di nullità. Il compratore usa del suo diritto esigendo l'esecuzione della vendita. Egli può sperare che il suo possesso si consoliderà colla prescrizione o colla conferma del proprietario. Perchè non avrebbe egli il diritto di reclamare il beneficio della convenzione e perchè questo beneficio passerebbe al venditore? (2)

3. — Del proprietario.

117. La vendita della cosa altrui non compromette per nulla i diritti del proprietario. Egli rivendica la cosa venduta, senza tenere alcun conto della vendita. È vero che è esposto a veder

(1) È l'opinione di MERLIN, TROPLONG, LAROMBIÈRE (AUBRY e RAU, t. IV, pagina 354, nota 44, § 351) e di COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 57, n. 28 *bis* IX. Nello stesso senso, Parigi, 25 agosto 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 133).

(2) DUVERGIER, t. I, p. 269, n. 220. AUBRY e RAU, t. IV, p. 354, nota 44, § 351. In senso contrario, COLMET DE SANTERRE, t. VII p. 57, n. 28 *bis* IX e X.

perire i suoi diritti coll'usucapione o per effetto della massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo. Ma questo danno egli lo prova per sua negligenza, per non aver vegliato alla sua proprietà. Però, siccome subisce questa perdita per la mala fede o la colpa del venditore, ha diritto contro di lui ai danni ed interessi. Ritorneremo su questo punto. Così i diritti del proprietario non sono retti dall'art. 1599. Essi rimangono sotto l'impero del diritto comune: sono ancor oggi quello che erano nell'antico diritto, il che dimostra come la vendita della cosa altrui non attentasse menomamente al diritto di proprietà (1).

§ IV. — *Della prescrizione e della conferma.*

118. L'azione di nullità si prescrive in dieci anni, conformemente all'art. 1304, ovvero è soggetta alla prescrizione generale di trent'anni? La decisione dipende dal principio che si ammette in quanto concerne la natura della nullità. Se la si ritiene radicale, nel senso che l'atto sarebbe inesistente, bisogna escludere l'art. 1304, poichè la prescrizione di dieci anni è una conferma, e le convenzioni inesistenti non possono venir confermate (2). Secondo questa opinione, la prescrizione dura trent'anni. Siccome noi respingiamo il principio, dobbiamo rigettare anche la conseguenza che ne risulta.

Secondo l'opinione generale, la convenzione è semplicemente annullabile, e, poichè prospetta l'interesse privato, può essere sanata dalla conferma. Nulla si oppone dunque all'applicazione dell'art 1304. Ma l'applicazione solleva una nuova difficoltà. Si domanda a partire da qual giorno cominci a decorrere la prescrizione. La maggior parte degli scrittori rispondono ch'essa corre a partire dal giorno della vendita. Aubry e Rau dicono che è un grave errore. Secondo loro, la prescrizione non comincia a decorrere che dal giorno in cui il venditore è divenuto proprietario della cosa, o dal giorno in cui il vero proprietario ha ratificato la vendita. Infatti, la prescrizione dell'art. 1304, basandosi sopra una conferma tacita, non può cominciare a decorrere che quando la conferma diviene possibile, e le parti contraenti non possono confermare la vendita della cosa altrui, finchè il vero proprietario non vi consente (3). Questa opinione condurrebbe ad una singolare conseguenza, che cioè, non potendo mai la vendita essere confermata dalle parti

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 59, n. 28 *bis*·XII.

(2) MARCADÉ, t. VI, p. 205, n. III dell'art. 1599. LELIGOIS, nella *Rivista critica*, t. XXXV, p. 22, n. 7. DE FOLLEVILLE, p. 82, n. 82.

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 356, e nota 52, § 351.

contraenti, non vi sarebbe mai luogo alla prescrizione di dieci anni. Quando il venditore diviene proprietario della cosa o quando il vero proprietario ratifica la vendita, la convenzione diviene per ciò stesso valida, indipendentemente da ogni conferma delle parti contraenti, come diremo più innanzi. E se così è, non vi ha luogo alla prescrizione. Ci pare che il compratore, il quale soltanto, a nostro avviso, ha diritto di domandare la nullità, può rinunciare a questo diritto dal momento che l'azione è aperta, e la rinuncia varrà conferma, nel senso ch'egli non potrà più impugnare la vendita. Nulla impedisce dunque che la prescrizione decorra contro il compratore a partire dal contratto (1).

119. La nullità si sana colla usucapione? È ammesso, secondo tutte le opinioni, che il compratore può usucapire contro il vero proprietario. Egli acquista dunque la proprietà in dieci o vent'anni quando si tratta d'un immobile. Quanto all'usucapione dei mobili corporali, essa si compie colla presa di possesso della cosa, nel senso che non vi ha più luogo a rivendicazione. Nasce allora la questione di sapere se il compratore, divenuto proprietario colla prescrizione, può ancora domandare la nullità. Secondo l'opinione generale, la nullità è sanata (2). A nostro avviso, il compratore conserva il diritto di domandare la nullità. Il venditore non può invocare contro di lui l'usucapione, perchè la prescrizione non può essere invocata che da colui a profitto del quale è incorsa. Può ripugnare alla sua coscienza l'opporla. Se dunque il compratore domanda la nullità, il venditore non può respingere tale azione mediante la prescrizione (3). È questa l'opinione che abbiamo professato al titolo delle *Obbligazioni* trattando del pagamento (v. XVII, n. 496).

120. La nullità è sanata colla conferma del proprietario? Non può parlarsi di conferma propriamente detta, poichè confermare un atto nullo significa rinunciare al diritto che si ha di chiederne la nullità. Ora, il proprietario non domanda la nullità, poichè non è parte nell'atto. Quando il proprietario conferma, rinuncia al diritto che ha di rivendicare la cosa, vale a dire consente al trasferimento della proprietà a vantaggio del compratore. A partire da questo momento, il compratore diviene proprietario, nel senso che è al coperto da ogni azione di rivendicazione. Quindi non può più domandare la nullità della vendita. Si obbietta che la vendita era viziata nel suo principio, che, per conseguenza, rimane nulla (4). Sì, resta nulla, e si può

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 270, n. 221. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 62, numero 28 *bis* XVIII.

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 357, nota 53, § 351.

(3 COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 63, n. 28 *bis* IX.

(4) AUBRY e RAU, t. IV, p. 355, nota 49, § 351. Vedi, in senso contrario, le autorità ch'essi citano. Bisogna aggiungere ARNTZ, *Corso di diritto civile*, t. II, pa-

dire, stando alla sottigliezza del diritto, che il compratore avrebbe il diritto d'agire, ma il venditore respingerebbe la sua azione dicendo che il diritto del compratore di domandare la nullità è fondato sul fatto che non gli è stata trasmessa la proprietà. Ora, col consenso del vero proprietario, il compratore ha acquistato la proprietà, poichè essa non può più essergli tolta. Ne risulta che il compratore non ha più alcun motivo giuridico di chiedere la nullità.

Tale è il parere quasi unanime degli scrittori, e la giurisprudenza si pronunzia nello stesso senso. Noi escludiamo l'opinione dissidente che considera la vendita della cosa altrui come radicalmente nulla. S'intende da sè che, secondo questa dottrina, nessuna conferma è possibile, perchè non si conferma, non si approva il nulla, salvo alle parti interessate procedere ad una nuova vendita (1). Stando all'opinione generale, si presenta un'altra difficoltà. Il proprietario ratifica, ma la moglie del proprietario ha un'ipoteca legale sull'immobile. La ratifica del proprietario basterà, in questo caso, per eliminare l'azione di nullità del compratore? No, perchè la ratifica del proprietario non metterebbe il compratore al coperto dell'evizione di cui lo minaccia l'ipoteca legale. Così è stato giudicato dalla Corte di cassazione, e, su questo punto, non potrebbe esservi dubbio (2). La vera difficoltà è questa. Il compratore introduce la sua domanda, e durante la causa il proprietario ratifica. Si suppone che non vi sia alcun altro motivo d'evizione. L'azione di nullità sarà arrestata dalla conferma del proprietario? Vi ha controversia. A nostro avviso, l'azione cade dal momento che il proprietario ratifica Infatti, da questo momento, ogni pericolo d'evizione cessa, ed è questa la ragione del decidere (3). Le obbiezioni che si fanno non sono serie. Si dice che il compratore non era ancora proprietario al momento in cui intentava l'azione, e che la sua domanda attesta ch'egli intende ripudiare tutti gli effetti della convenzione. Se ne conchiude che la proprietà non può essergli trasmessa pel consenso del proprietario, non potendo il compratore divenire proprietario suo malgrado (4). Ma è un pessimo ragionamento. Se il compratore domanda la nullità, è perchè non gli venne trasmessa la proprietà. Dunque, dal momento che il proprietario consente a trasferirgliela, l'azione non ha più ragione d'essere.

---

gina 402, n. 955. La giurisprudenza è riportata nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 525-526. Bisogna aggiungere Liegi, 29 luglio 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 116).

(1) DE FOLLEVILLE, p. 88, nn. 89, 90 e 91.

(2) Rigetto, 30 dicembre 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 437).

(3) È l'opinione di DELVINCOURT, di DUVERGIER, di LAROMBIÈRE e d'ARNTZ, che abbiamo citato più indietro.

(4) MARCADÉ, t. VI, p. 207, n. V dell'art. 1599. La giurisprudenza è in questo senso (vedi le sentenze citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 356, nota 49). La succitata sentenza del 1872 (nota 2), non decide la questione.

121. Il venditore diviene proprietario, non importa a qual titolo. La nullità sarà sanata? È, in sostanza, la stessa questione che abbiamo esaminato or ora. Quando il venditore è divenuto proprietario, il compratore è al coperto da ogni evizione, anzi diviene proprietario. Infatti, il venditore si è obbligato a trasferire la proprietà della cosa e il compratore ha stipulato l'acquisto della proprietà. Vi ha dunque concorso di consenso. Se la proprietà non venne trasferita, ciò accadde perchè il venditore non era proprietario. Questo ostacolo sparisce quando il venditore acquista la proprietà. Da questo momento s'opera la trasmissione della proprietà e, per conseguenza, la vendita diviene pienamente valida (1).

Devesi mantenere questa decisione nel caso in cui il venditore non acquista la proprietà della cosa che dopo l'introduzione della causa? A nostro avviso, sì. Si obbietta che, in questo caso, non vi ha più concorso di consenso, poichè il compratore ritira il suo consenso provocando la nullità della vendita. Bisogna intendersi. Il compratore che domanda la nullità non dice che non vuol essere proprietario. Ciò non avrebbe senso, poichè ha comprato appunto per divenire proprietario. Egli dice che, non potendo il venditore trasmettergli la proprietà, domanda la nullità della vendita, il che implica ch'egli la manterrebbe se il venditore gli trasferisse la proprietà. Dunque il suo consenso di divenire proprietario sussiste, finchè la vendita non è annullata. Bisogna conchiuderne che l'azione di nullità cade dal momento che il venditore è diventato proprietario.

Secondo l'opinione che considera la vendita come inesistente, bisogna decidere ch'essa non è convalidata, se anche il venditore diviene proprietario. Infatti la vendita non esiste, è il nulla; e ciò che non esiste non può mai essere confermato (2).

V. — Effetto della vendita. Danni e interessi.

122. L'art. 1599, che dichiara nulla la vendita della cosa altrui, soggiunge ch'essa può dar luogo a danni ed interessi quando il compratore ha ignorato che la cosa fosse d'altri. Se il compratore sapeva che la cosa non apparteneva al venditore, non può reclamare alcun risarcimento. Egli doveva aspettarsi, in questo caso, d'essere evitto, ed è probabile che avrà fissato il prezzo subordinatamente alle eventualità d'evizione che lo minacciavano. Tutto ciò ch'egli può domandare è che gli si restituisca questo prezzo. Egli ha diritto alla restituzione del

---

(1) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Vente*, n. 522. Bisogna aggiungere Liegi, 23 luglio 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 205).

(2) De Folleville, p. 88, n. 90, e p. 99, n. 110.

prezzo, perchè l'annullamento della vendita deve rimettere le parti nella situazione in cui erano prima del contratto. Il venditore non può ritenere il prezzo quando non ha trasferito la proprietà della cosa, poichè la trasmissione della proprietà è la causa dell'obbligazione che il compratore contrae di pagargli il prezzo.

Quando si può dire che il compratore sa o ignora che la cosa non apparteneva al venditore? È una questione di fatto. Ma ecco un'obbiezione di diritto che venne opposta al compratore, in un caso deciso recentemente dalla Corte di cassazione. Sarebbe stato facile al compratore, si diceva, se avesse esaminato con attenzione i terreni che formavano oggetto della vendita, assicurarsi che una parte del terreno non apparteneva al venditore. E ha dunque una colpa da rimproverarsi, e, per conseguenza, non può reclamare danni di sorta. La Corte non ha ammessa questa dottrina, ed a ragione. Senza dubbio il compratore prudente deve assicurarsi che la cosa venduta appartiene al venditore, ma ciò per mettersi al coperto dell'azione di rivendicazione che il proprietario potrebbe proporre contro di lui. La questione dei danni ed interessi sorge fra il venditore e il compratore. Ora, è il venditore che deve sapere se vende la cosa altrui e che deve farne la dichiarazione. Dal momento che vende ciò che non gli appartiene, è tenuto ai danni ed interessi quando il compratore ignora il fatto. Noi dubitiamo anzi, come pare che dica la Corte di cassazione, che i giudici debbano tener conto della negligenza del compratore nell'apprezzamento che fanno dei danni ed interessi (1). A riguardo del venditore, il compratore non ha alcuna obbligazione d'assicurarsi se il suo autore è proprietario. Non si può dunque dire che sia in colpa se non lo fa.

123. Il compratore, quantunque sia di mala fede, può reclamare la restituzione del prezzo pagato. Non vi ha alcun dubbio su di ciò. Ma può egli pretenderla immediatamente o deve aspettare che sia evitto? A nostro avviso, il prezzo deve essere restituito non appena la vendita è annullata. Infatti è provato, indipendentemente dall'evizione, che il venditore non ha alcun diritto al prezzo. Egli lo riterrebbe dunque senza causa. Si obbietta che, se il compratore sa che la cosa venduta non appartiene al venditore, la sua condizione è quella d'un compratore che si fosse assoggettato alla clausola con cui viene esclusa la garanzia. Se ne conchiude che il compratore non può agire che quando è evitto (2) Pare a noi che si confondano così due posizioni molto diverse. La stipulazione che esclude la garanzia non prova che il venditore non è proprietario, e quindi il compratore non

---

(1) Rigetto, 8 maggio 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 479).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 60, n. 28 *bis* XVI.

ha alcuna azione finchè non sia evitto, mentre noi supponiamo che il compratore sappia ed abbia la prova che il creditore non è proprietario. Quindi egli ha diritto di domandare la nullità, e la conseguenza necessaria dell'annullamento è che il venditore deve restituire il prezzo ricevuto.

124. Il compratore di buona fede ha diritto ai danni ed interessi. A qual titolo? A titolo di garanzia o in forza dell'articolo 1382? La questione è controversa, come tutto ciò che concerne la vendita della cosa altrui. Se si ammette che la vendita è inesistente, non può parlarsi di garanzia, poichè non vi ha nè compratore nè venditore. Secondo questa opinione, i danni ed interessi non hanno altra causa che il fatto dannoso di colui che ha venduto ciò che non gli apparteneva (1). Noi abbiamo respinto questa teoria, e, nella specie, il testo stesso del codice la esclude. L'art. 1599 dice formalmente che è la *vendita* che dà luogo ai danni ed interessi. Ciò è perfettamente logico secondo l'opinione generale da noi seguita. Il venditore ha diverse obbligazioni. Secondo l'art. 1603, egli deve *consegnare* la cosa e *garantirla*. La consegna, nel diritto francese, comprende il trasferimento della proprietà. Se il venditore non adempie questa obbligazione, deve essere tenuto alle obbligazioni che incombono al venditore in caso d'evizione. Sotto questo rapporto, il codice non fa alcuna innovazione all'antico diritto. La sola innovazione consiste in ciò che, sotto l'impero della nuova legge, il compratore può agire prima d'essere evitto Nulla è invocato quanto alle conseguenze dell'obbligazione di garantia (2).

125. Il venditore può essere tenuto ai danni ed interessi a riguardo del proprietario. Questi non può più rivendicare quando i terzi acquirenti hanno usucapito la proprietà, e anche quando la prescrizione non è acquisita, può aver diritto a danni ed interessi contro i terzi per deterioramenti. In tutti i casi in cui il proprietario non è completamente indennizzato dall'azione che ha contro il terzo possessore può agire contro il venditore. Quest'azione è fondata sull'art. 1382, perchè tra il proprietario e il venditore non vi ha alcuna convenzione. Quale sarà l'ammontare dei danni ed interessi che il compratore deve pagare? Si applica il diritto comune come l'abbiamo esposto al titolo dei *Quasi-contratti* e dei *Delitti*. Si è presentata una difficoltà. La Corte di Colmar aveva condannato il venditore a restituire il valore attuale dei beni, mentre il venditore pretendeva di non dover pagare più del valore che i beni avevano al momento della vendita. La differenza era considerevole, perchè i beni erano stati venduti nel 1816 e nel 1817, e l'azione del proprietario non fu intentata che nel 1846. Prodotto ricorso, inter-

(1) De Folleville, p. 69, n. 72, e p. 122, n. 126.
(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 354 e nota 45, § 351. Arutz, t. II, p. 402, n. 954.

venne una sentenza di rigetto. Si diceva per l'attore che non era caso d'applicare l'art. 1633; cosa questa evidente, perchè non si trattava dell'azione di garanzia. La Corte risponde che nulla impediva d'applicare questa disposizione, per analogia, ai danni ed interessi dovuti dal venditore. Per giustificare la sentenza impugnata la Corte invoca anche la regola generale dell'articolo 1149 (1). Noi crediamo che a torto la Corte di cassazione ha citato gli articoli 1633 e 1149. Essi non si applicano che in materia d'obbligazioni convenzionali, mentre, nella specie, si trattava di un delitto, poichè la sentenza constatava che il venditore era stato in mala fede. Quindi la Corte d'appello poteva condannarlo a risarcire tutto il danno che aveva cagionato col suo dolo, il che implica una responsabilità più severa di quella che esiste in caso di danni ed interessi convenzionali.

§ V. — *Della forma.*

126. A termini dell'art. 1582, « la vendita può essere fatta per atto autentico o per scrittura privata ». Qual'è il valore di questa disposizione? Secondo i principii, non vi ha alcun dubbio. Noi li abbiamo già esposti al titolo delle *Obbligazioni* (vol. XV, n. 446). La vendita è un contratto non solenne, e quindi le parti non sono tenute a stendere uno scritto delle loro convenzioni se non quando vogliono procurarsi una prova letterale: s'intende poi che questo scritto può essere un atto autentico o una scrittura privata. Tale era almeno il sistema del codice civile. La legge ipotecaria belga vi ha derogato nel senso che la vendita degli immobili non può essere opposta ai terzi se l'atto che la constata non venne trascritto, e non si ammettono alla trascrizione che gli atti autentici. Lasciamo da parte questa innovazione per ritornarvi al titolo delle *Ipoteche.*

Stando ai principii, non si vede l'utilità dell'art. 1582. Bisogna ricorrere ai lavori preparatorii per comprendere questa disposizione che sarebbe stato meglio non inscrivere nella legge. Nella giurisdizione di qualche Parlamento si esigeva un atto autentico per la prova della vendita immobiliare, sia per l'importanza di queste vendite, sia per prevenire le contestazioni alle quali le altre prove danno luogo. Il Tribunato propose di sanzionare tale uso in questi termini: « Ogni vendita d'immobili dev'essere fatta per iscritto, che può essere, tanto un atto autentico o una scrittura privata ». Questa proposta non fu adottata. Il Consiglio di Stato cancellò la prima parte della disposizione e mantenne la seconda, per non lasciare alcun dubbio sul diritto che le parti avevano di provare la vendita, anche

(1) Rigetto, 20 luglio 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 247).

d'immobili, secondo il diritto comune. È in questo senso che si spiega Portalis: « La scrittura non essendo richiesta nella vendita che per la prova dell'atto, il progetto di legge lascia alle parti contraenti la libertà di stipulare i loro accordi per atto autentico o per scrittura privata » (1). Giacchè si voleva rimettersi ai principii, sarebbe stato meglio cancellare la disposizione che il codice ha conservata, perchè si potrebbe interpretarla nel senso che la vendita debba essere redatta per iscritto. Il relatore del Tribunato ha creduto di dover combattere anticipatamente questa falsa interpretazione. Il progetto non dice: « non può farsi che per atto autentico o per scrittura privata », ma invece « può esser fatta ». Le parti possono dunque contrattare oralmente. Ne risulterà soltanto, dice Faure, che se l'oggetto è di un valore che eccede centocinquanta lire, la prova testimoniale della convenzione non sarà ammessa a meno che non esista un principio di prova per iscritto (2). In sostanza, dice Grenier, si applicano alla vendita, immobiliare o mobiliare, i principii che governano la prova delle obbligazioni convenzionali (3).

127. La giurisprudenza è in questo senso. Fu giudicato potersi provare con testimoni la vendita di un immobile il cui valore non supera le centocinquanta lire (4). Quando vi ha un principio di prova per iscritto la prova testimoniale è ammissibile senza limitazioni (5). Lo scritto steso dalle parti non serve che di prova (6), di modo che la nullità dell'atto non importa la nullità della vendita. Per principio, non vi ha al riguardo alcuna difficoltà. Soltanto nei contratti solenni la scrittura si riferisce all'esistenza del contratto. Non vi ha donazione, non contratto di matrimonio, non ipoteca, senza atto autentico. Diversamente accade dei contratti non solenni, come la vendita. È cosa elementare (vol. XV, n. 447), ma nell'applicazione si presentano difficoltà di fatto. Se l'atto è incompleto, non se ne deve conchiudere che le parti non vollero contrattare definitivamente? No, perchè sarebbe far dipendere dalla redazione d'uno scritto l'esistenza del contratto salvo alle parti provare che le loro convenzioni non hanno avuto effetto. Il principio deve dunque essere mantenuto. La nullità dello scritto, qualunque ne sia la causa, non ha nulla di comune coll'esistenza o la validità della convenzione. Un atto constatante una vendita non è firmato. La firma è, negli atti per scrittura privata, una condizione d'esistenza. Fu giudicato che l'atto non sottoscritto non può nemmeno essere con-

(1) *Osservazioni del Tribunato*, n. 2 (Locré, t. VII, p. 62). Portalis, *Esposizione dei motivi*, n. 5 (Locré, p. 70).
(2) Faure, *Relazione*, n. 11 (t. VII, p. 90).
(3) Grenier, *Discorsi*, n. 7 (Locré, t. VII, p. 107).
(4) Tolosa, 17 agosto 1872 (Dalloz, 1872, 2, 221).
(5) Rigetto, 18 maggio 1806 (Dalloz, v. *Vente*, n. 61).
(6) Bruxelles, 28 maggio 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 141).

validato da una conferma tacita. Per dar forza e vita a un atto che non ha esistenza legale, occorre un nuovo atto che gli dia l'efficacia che gli manca. La stessa sentenza che decide così aggiunge che la vendita è indipendente dall'atto che la constata. Nella specie, lo scritto non poteva essere invocato come *prova*, ma accadeva che il prezzo non era che di sessanta mila lire, e nulla provava che tale non fosse il vero valore della cosa venduta. Non era quindi ammissibile la prova testimoniale per provare la vendita (1). Ciò che la Corte dice della testimonianza, si applica naturalmente ad ogni altra prova legale. La nullità dello scritto produce questo solo effetto, che non può servire di prova, salvo alle parti interessate stabilire con ogni mezzo di diritto l'esistenza e la validità della convenzione che allegano (2).

Se insistiamo tanto su questi principii elementari, è perchè essi vennero talvolta disconosciuti dai tribunali, e noi dobbiamo tenere i nostri giovani lettori in guardia contro simili errori, quand'anche non fossero che errori di redazione. Si legge in una sentenza della Corte di Liegi: « Perchè le rispettive *obbligazioni* che racchiude un atto sinallagmatico *abbiano il loro effetto*, esso deve essere redatto e firmato in tanti originali quante sono le parti contraenti » (3). Ciò non è esatto. Dall'art. 1325 risulta unicamente che la scrittura la quale non sia redatta in tanti originali quante sono le parti aventi un interesse distinto è nulla, e non può, per conseguenza, servire di *prova*. Ma dall'essere nullo lo scritto non consegue che sia nulla la vendita, o che non sia mai esistita, salvo alle parti provare che non vi fu se non un semplice progetto di vendita; nè basta che l'atto sia nullo perchè se ne possa indurre che siano intervenute semplici trattative. Simili errori o negligenze si trovano anche in sentenze della Corte di cassazione. Un atto di vendita non è firmato dall'una delle parti. Lo scritto è nullo. Il tribunale d'appello decide che la vendita è nulla. Prodottosi ricorso in cassazione la Corte lo respinse, « atteso che il tribunale, dichiarando il *contratto di vendita* nullo per mancanza di firma, si è conformato alle disposizioni delle leggi che regolano i contratti » (4). No, la nullità dell'atto non importa la nullità del *contratto*. Può darsi che non vi sia stata vendita. Bisognava dirlo, e sopratutto provarlo, indipendentemente dalla nullità dello scritto. È stato ancora giudicato dalla Corte di cassazione che il marito il quale ha acquistato un fondo insieme alla moglie non è *vincolato* da un atto steso avanti notaio, nullo pel rifiuto della moglie di firmarlo e per mancanza di dote (5). Non si è *vincolati* dallo *scritto*, si

(1) Douai, 7 gennaio 1836 (Dalloz, v. *Vente*, n. 61, 2.°).
(2) Bruxelles, 21 maggio 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 76).
(3) Liegi, 6 giugno 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 201).
(4) Rigetto, 7 floreale anno VI (Dalloz, v. *Vente*, n. 79, 1.°).
(5) Cassazione, 1.° dicembre 1819 (Dalloz, v. *Vente*, n. 79, 4.°).

è *vincolati* dal *concorso di consenso* che costituisce il contratto. Dunque si può essere vincolati, quantunque l'atto sia nullo nella forma, come non si sarebbe vincolati, malgrado la validità dell'atto, se il contratto non riunisse tutte le condizioni richieste per la sua esistenza e la sua validità.

128. Dipende dalle parti il fare della forma una condizione d'esistenza della vendita? Abbiamo esaminato altrove la questione di principio (vol. XV, n. 448). L'affermativa non è dubbia. Le parti sono libere di subordinare l'esistenza delle loro convenzioni alla redazione d'uno scritto. La vendita diviene, in questo caso, un contratto solenne nel senso che, se le parti non redigono alcuno scritto, non vi sarà vendita. E lo stesso bisognerebbe dire, se lo scritto non fosse valido. Ma siccome una simile clausola cambia la natura del contratto, occorre una dichiarazione formale che non lasci alcun dubbio sull'intenzione delle parti contraenti (vol. XV, n. 449)

Le parti convengono, facendo una vendita verbale, che ne sarà steso atto avanti notaio, e il compratore dà immediatamente, sul prezzo di tremila settantadue lire, un acconto di seicentosettantadue lire. Quando si tratta di stendere l'atto, il venditore dichiara di non voler dar seguito al contratto. Dopo aver sentito le parti, la Corte di Bourges decise ch'esse, pur accordandosi sulla cosa e sul prezzo, avevano convenuto che si sarebbe steso un atto notarile della vendita. Ora, dice la Corte, è di giurisprudenza, in questo caso, che finchè l'atto non sia steso, le convenzioni delle parti restano nei termini di un semplice progetto, dal quale possono dipartirsi. Si obbiettava il pagamento fatto in conto. La Corte risponde che il pagamento era senza dubbio un principio d'esecuzione, ma che questa convenzione non cambiava punto le convenzioni originarie, nè l'autorità d'una giurisprudenza tanto più rispettabile in quanto previene il pericolo dell'incertezza nelle proprietà, ed è così conforme all'interesse pubblico. Vi ha qualche cosa di più rispettabile che la giurisprudenza, sono le convenzioni delle parti ed i principii che le reggono. Si eseguisce forse una convenzione che non è ancora che allo stato di progetto? Col dire che sarà steso un atto notarile si fa forse dipendere l'esistenza della vendita dalla stesa dell'atto? Sul ricorso intervenne però una sentenza di rigetto, ma la Corte di cassazione non parla più della pretesa giurisprudenza, e non decide la questione di massima.

Per mantenere la sentenza impugnata, essa le diede una interpretazione che non è conciliabile coi suoi termini. Si trattava di sapere, essa dice, se, in mancanza d'una prova scritta, vi era stato fra le parti un contratto perfetto o un semplice progetto. Trattasi di una questione di fatto che i giudici decidono secondo le circostanze, le ammissioni e le denegazioni delle parti. Ora, nella specie, è dopo aver sentito le parti in persona che la Corte di Bourges ha giudicato essersi convenuto di redigere

atto della vendita per renderla perfetta (1). La decisione è esatta in teoria, ma contrasta coi fatti e coi motivi della sentenza impugnata. Vi ha una sentenza della Corte d'Agen in questo senso. Essa decide, in fatto e in base alla corrispondenza delle parti, che non vi era contratto perfetto di vendita, ma semplici trattative (2).

Non basta dunque, perchè la vendita divenga un contratto solenne, che le parti convengano di ridurre in atto le loro convenzioni (3), ma occorre ch'esse abbiano inteso subordinare l'esistenza della vendita alla stesa d'uno scritto. Le parti stipulano che la vendita sarà *effettuata* con atto autentico entro un *certo termine*, e soggiungono che sarà questa una condizione essenziale della vendita, senza la quale essa non avrà luogo. Ecco una manifestazione di volontà molto esplicita. Tuttavia è stato giudicato che il compratore aveva soddisfatto alla clausola depositando l'atto presso un notaio dopo la scadenza del termine (4). Non è questo allontanarsi dalla legge che le parti stesse avevano fatto? La Corte sembra applicare alla specie i principii che reggono la mora, ma l'art. 1139 suppone che la convenzione sia definitivamente conchiusa, mentre, nel caso concreto, si trattava di sapere se vi era convenzione. Ora, secondo la volontà chiaramente espressa delle parti, bisognava dire che non vi era vendita.

129. Qual'è l'effetto della clausola colla quale le parti subordinano la vendita alla stesa d'un atto? Noi abbiamo sempre supposto che l'esistenza stessa della vendita fosse sospesa, nel senso ch'essa non esisterebbe che quando l'atto fosse stipulato. Non bisogna dunque credere, come pare che dicano parecchi scrittori, che la vendita sia condizionale. Se fosse condizionale, la condizione retroagirebbe, donde risulterebbe che la vendita esisterebbe dal giorno in cui la convenzione è intervenuta. Tale non è il senso della clausola. Il contratto non è ancora che un progetto, il progetto non si *realizzerà*, è il termine usitato, che quando l'atto sarà stipulato, mentre una vendita condizionale non è più un progetto. Le parti sono vincolate, non dipende più da loro di non *realizzare* la vendita, essa è perfetta fra le parti, poichè la condizione è indipendente dalla loro volontà. Troplong comincia col dire che vi ha condizione sospensiva il che significa che vi ha vendita condizionale, ma, più avanti, dice che la *perfezione della vendita* è sospesa fino alla stipulazione dell'atto, cosa questa molto diversa. Anche Bugnet si esprime inesattamente. Vi ha condizione sospensiva, egli dice, tutte le volte che l'intenzione delle parti è stata di redigere

---

(1) Rigetto, sezione civile, 12 novembre 1821 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 71).
(2) Agen, 17 gennaio 1824 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 95).
(3) Rennes, 7 luglio 1845 (DALLOZ, 1851, 2, 182).
(4) Riom, 9 marzo 1844 (DALLOZ, 1845, 4, 518).

uno scritto. Poi soggiunge che le parti non hanno voluto obbligarsi se non in quanto lo scritto fosse perfettamente probante, di modo che si deve ritenere come trattativa non obbligatoria tutto ciò che precede la stesa dello scritto (1). Ciò può essere, ma può anche non essere. È una questione di volontà e di fatto (2), come dice la Corte di cassazione in una recente sentenza (3).

E stato giudicato che la vendita è fatta sotto condizione risolutiva quando le parti hanno convenuto che « se, entro un dato termine, l'atto per scrittura privata non fosse convertito in atto pubblico e non fosse pagato il prezzo, la vendita sarebbe come non avvenuta e di niun effetto » (4). La sentenza, zeppa di citazioni, è molto mal redatta. Bastava dire che la vendita esisteva fin da principio, poichè questo risultava dalla clausola che abbiamo trascritto. Il compratore s'obbliga a pagare il prezzo entro un dato termine. Ora, il prezzo non è dovuto se non vi ha vendita e se il prezzo non è pagato, vi ha risoluzione.

130. Le parti stendono uno scritto per scrittura privata, stipulando che si farà un atto avanti notaio. Si domanda se l'esistenza della vendita sarà sospesa fino alla stipulazione dell'atto pubblico. La clausola è frequente e tradizionale. Portalis la prevede nell'Esposizione dei motivi. Egli dice che l'atto per scrittura privata non è per questo un semplice progetto. Si promette soltanto di aggiungervi una forma più autentica, ma la sostanza del contratto resta sempre indipendente da questa forma. Tale era l'antica giurisprudenza. Fu costantemente giudicato, dice l'oratore del Governo, che una vendita per scrittura sia obbligatoria, quantunque nell'atto per scrittura privata si fosse fatta la riserva di far redigere la convenzione a mezzo di notaio, e questa riserva non si fosse poi adempiuta. Però la redazione d'un atto pubblico sarebbe essenziale se le parti avessero dichiarato che senza di esso il primo atto resterebbe nei termini d'un semplice progetto (5). È cosa evidente. Non occorre nemmeno una dichiarazione tanto esplicita, purchè non vi sia alcun dubbio sull'intenzione delle parti contraenti, perchè tutto dipende dalla loro volontà. Ma difficilmente si ammetterà che tale sia la loro volontà, poichè la scrittura privata fornisce loro una prova letterale. L'atto autentico è dunque, a rigore, inutile, almeno fra le parti. Esso occorre per la trascrizione, ma il riconoscimento in giudizio tien luogo d'un atto autentico. Sarà dunque ben raro che le parti stipulino la

---

(1) TROPLONG, p. 26, n. 19. BUGNET in POTHIER, t. III, p. 9, nota 3.
(2) DUVERGIER, t. I, p. 65, n. 72.
(3) Rigetto, 22 dicembre 1874 (DALLOZ, 1875, 1, 104).
(4) Tolosa, 19 agosto 1806 (DALLOZ, v. *Obligations*, n. 3006, 1.°).
(5) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, n. 5 (LOCRÉ, t. VII, p. 70).

redazione d'un atto notarile come condizione della vendita. Però, dopo le nuove leggi emanate nel Belgio e in Francia sulla trascrizione, il caso può presentarsi più di frequente che sotto l'impero del codice civile. È sempre una questione d'intenzione, e quindi di fatto (1).

Sezione III. — Degli effetti della vendita.

§ I. — *Dei rischi e del trasferimento della proprietà.*

131. Nelle vendite pure e semplici, il compratore sopporta i rischi (art. 1137). Se la vendita è fatta sotto condizione sospensiva, la cosa rimane a rischio del venditore (art. 1182). Se è fatta sotto condizione risolutiva, il compratore sopporta i rischi in forza dello stesso principio, poichè egli è debitore condizionale. Rimandiamo, quanto alla massima, al titolo delle *Obbligazioni*. È talvolta difficile distinguere se la condizione sia sospensiva o risolutiva. Ecco un caso recente giudicato dalla Corte di cassazione. Trattavasi della vendita di patate, destinate all'alimentazione di Parigi. Il compratore, dopo aver ricevuto avviso della spedizione, risponde, lo stesso giorno, ch'egli consente a ricevere la consegna al prezzo fissato, sotto la condizione che l'ispettore governativo accetti le patate. Al momento in cui le patate arrivarono a Parigi, il Governo aveva abbandonato la capitale e se ne era impadronita la Comune. I venditori sostennero che i rischi stavano a carico del compratore. La loro domanda, respinta dal tribunale di commercio, fu ammessa dalla Corte di Parigi. Fu prodotto ricorso per cassazione. La difficoltà stava nel sapere se l'accettazione del Governo implicava una condizione sospensiva o una condizione risolutiva. La sentenza impugnata aveva deciso che il compratore, accettando la consegna delle patate, aveva inteso di assumere i rischi della mercanzia, che la riserva dell'accettazione formava, non una condizione sospensiva, ma una condizione risolutiva. Ora, la condizione risolutiva non impedisce la perfezione della vendita. Questa interpretazione delle convenzioni intervenute fra le parti rientrando nei limiti del potere sovrano dei giudici del fatto, la Corte di cassazione respinse il ricorso (2).

132. La vendita ha per iscopo e per effetto di trasmettere la proprietà della cosa venduta. A partire da qual momento ed a riguardo di chi la proprietà è trasferita? L'art. 1583 risponde alla domanda: « Essa è perfetta *fra le parti*, e la proprietà si

---

(1) Duranton, t. XVI, p. 40, n. 39. Rigetto, 23 agosto 1843 (Dalloz, v. *Vente*, n. 68).

(2) Rigetto, 28 luglio 1873 (Dalloz, 1874, 1, 440).

acquista di diritto ***dal compratore riguardo al venditore*** dal momento in cui siasi convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia eseguita ancora la tradizione della cosa nè sia pagato il prezzo ». È questa l'applicazione del nuovo principio stabilito dall'art. 1138, che abbiamo spiegato al titolo delle *Obbligazioni*. Secondo il sistema del codice civile, la proprietà è trasferita per semplice effetto del contratto, non soltanto fra le parti, ma anche riguardo ai terzi. Se l'art 1583 non parla che delle parti contraenti, è perchè si voleva riservare la questione di sapere se per le vendite d'immobili la trascrizione prescritta dalla legge di brumaio sarebbe stata mantenuta. La legge ipotecaria belga e la legge francese del 23 marzo 1855 hanno consacrato il sistema di pubblicità che gli scrittori del codice avevano avuto torto di respingere. Rimandiamo questa importante materia al titolo delle *Ipoteche*.

133. Il trasferimento della proprietà come i rischi suppongono che la cosa formante oggetto della vendita sia determinata. Ci limitiamo qui a ricordare il principio. Più avanti ne daremo alcune applicazioni più o meno controverse. Bisogna ancora ricordare che la questione dei rischi non deve essere confusa con quella del trasferimento della proprietà. L'antico adagio, che la cosa perisce pel proprietario, non è applicabile in materia di obbligazioni.

134. L'art. 1584 stabilisce: « La vendita può essere fatta puramente e semplicemente, o sotto condizione sospensiva o risolutiva. Può altresì avere per oggetto due o più cose alternativamente. In tutti questi casi il suo effetto è regolato dai principii generali delle convenzioni ». Rimandiamo a quanto scrivemmo al titolo delle *Obbligazioni*. Diremo una parola d'una condizione che un tempo era usitata in materia di vendita e che si trova ancora sotto l'impero del codice. È la clausola colla quale il venditore stipula che, nel caso in cui il compratore volesse rivendere, dovrà dargli la preferenza per il prezzo che gli verrà offerto. Fu sostenuto che questa convenzione sia contraria all'ordine pubblico, perchè restringe il diritto del compratore di disporre a suo piacimento della cosa. Senza dubbio il proprietario s'impone una restrizione, ma l'ordine pubblico non vi è interessato, poichè il compratore resta libero di vendere. La sola difficoltà consiste nel sapere se la clausola non genera che un'obbligazione personale tra il venditore e il compratore, o se questi ha un diritto contro i terzi.

135. È stato giudicato che il patto di preferenza può essere invocato contro i terzi acquirenti. La Corte di Riom dice che non si possono trasmettere ai terzi diritti maggiori di quelli che si hanno, e ne conchiude che il terzo acquirente non diviene proprietario e che, per conseguenza, il venditore primitivo può evincere il terzo pagandogli il prezzo del suo acquisto (1). La

(1) Riom, 30 giugno 1843 (DALLOZ, 1845, 2, 58).

decisione ci pare dubbia. Per evincere bisogna essere proprietario. Ora, il venditore primitivo non lo diviene che coll'esecuzione del patto di preferenza, vale a dire quando il compratore gli rivende la cosa al prezzo che il terzo gli offre. Se, invece di rivendergli la cosa, il compratore la vende a un altro acquirente, il primo venditore non ha che un'azione contro il suo compratore per costringerlo ad adempiere la sua obbligazione. Ora, l'adempimento dell'obbligazione diviene impossibile, poichè il compratore non è più proprietario. Bisogna prima di tutto che la vendita sia annullata. La questione è dunque questa: Colui il quale ha consentito al patto di preferenza può domandare la nullità della vendita contro quegli cui ha venduto mancando al suo impegno? La vendita non è affetta da alcun vizio. Non si può nemmeno dire che sia fatta sotto una condizione risolutiva tacita, perchè il patto di preferenza non è una condizione risolutiva. Non avendo il secondo venditore azione contro il terzo, non vediamo con qual diritto il primo venditore agirebbe contro di lui. In sostanza, il venditore primitivo non ha che un'azione personale la quale non reagisce contro il terzo acquirente.

§ II. — *Della vendita a peso, numero e misura.*

136. L'art. 1585 regola l'effetto di questa vendita: « Quando si tratta di mercanzie non vendute in massa, ma a peso, numero o misura, la vendita non è perfetta, in quanto che le cose vendute stanno a rischio del venditore, finchè non siano pesate, numerate o misurate. Il compratore però può chiederne la consegna, o i danni ed interessi, se vi è luogo, in caso d'inadempimento dell'obbligazione ». In un certo senso, per quanto riguarda i rischi, la vendita non è perfetta. Se lo fosse, i rischi starebbero a carico del compratore, mentre le cose sono a rischio del venditore. Se ne deve conchiudere che per tutti gli altri riguardi la vendita è perfetta? La legge non risponde che in parte alla domanda, dicendo che il creditore può chiedere la consegna della cosa o i danni ed interessi. Ciò dimostra che la vendita esiste, perchè l'obbligazione di consegnare è una di quelle che risultano dalla vendita (art. 1603). Vi ha dunque vendita, e vendita pura e semplice, checchè ne dica Troplong. Noi sentiamo la maggior venerazione pei vecchi scrittori citati da Troplong, ma rispettiamo ancora più la legge. Ora, l'art. 1585 dice ben chiaramente che, salvo i rischi, la vendita è perfetta, e dichiara in termini espressi che il compratore può immediatamente chiedere la consegna. Dunque non vi ha nulla di sospeso, e quindi la vendita non è condizionale (1).

(1) DUVERGIER, t. I, p. 84, n. 83. In senso contrario, TROPLONG, p. 50, n. 82.

137. Perchè il venditore sopporta i rischi? È questa, a nostro avviso, la conseguenza dei principii generali (n. 131). Perchè il compratore sopporti i rischi, bisogna che la cosa sia determinata. Se è indeterminata, i rischi restano a carico del debitore. Ora, quando le cose sono vendute a peso, numero o misura, non si sa in modo certo che cosa fu venduto se non quando le mercanzie sono pesate, numerate o misurate, e quindi, fino alla pesatura, alla numerazione o alla misurazione, le cose vendute devono rimanere a rischio del venditore. Ciò suppone che vi sia realmente indeterminatezza della cosa. Bisogna dunque restringere la disposizione dell'art. 1585 al caso in cui realmente la cosa è indeterminata. Può darsi infatti, come diremo più avanti, che nelle vendite a peso, numero o misura la cosa sia determinata. In questo caso si rientra nella regola generale, secondo la quale i rischi stanno a carico del creditore.

Vi hanno autori i quali dicono che il venditore sopporta i rischi perchè la proprietà non è trasferita, ovvero sostengono che la proprietà non è trasferita perchè il venditore sopporta i rischi. Ciò suppone che i rischi siano sempre a carico del proprietario, giusta il vecchio adagio *Res perit domino*. Abbiamo detto, al titolo delle *Obbligazioni*, che questa massima non è applicabile ai contratti. Non bisogna dunque confondere la questione dei rischi colla questione del trasferimento della proprietà. Esse sono indipendenti l'una dall'altra (v. XVI, n. 208).

138. La vendita a peso, numero, misura trasferisce la proprietà delle mercanzie così vendute? L'art. 1585 non risolve la questione. Bisogna dunque applicare il principio generale, in forza del quale la vendita trasferisce la proprietà, purchè la cosa venduta sia certa. È, in apparenza, lo stesso principio che per i rischi. Vi ha però una sfumatura che stabilisce una differenza fra i due fatti. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo delle *Obbligazioni*, riguardo ai contratti che hanno per oggetto due o più cose alternativamente. Pel momento possiamo trascurare questa differenza e dire che la vendita dell'art. 1585 trasferisce la proprietà quando cade sopra cose determinate, o non la trasferisce quando le cose sono indeterminate. Diremo più avanti che la vendita dell'art. 1585 non è necessariamente indeteminata, di modo che la questione non può essere decisa in termini assoluti (1).

La questione è molto controversa. Gli scrittori sono divisi, e così pure la giurisprudenza (2). Forse il disaccordo proviene dal fatto che non si sono distinte le diverse ipotesi nelle quali vi ha peso, numerazione o misurazione. Non tutte sono comprese

(1) DUVERGIER, t. I, p. 89, n. 86.

(2) Vedi, in senso diverso, le autorità citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 341, nota 41, § 349. Bisogna aggiungere Bruxelles, 20 aprile 1826 (*Pasicrisie*, 1826, pagina 120).

nell'art. 1585. Per conseguenza non si può rispondere in modo assoluto che la proprietà è trasferita o che non lo è. Si sono citati come interpretazione autentica del codice la relazione al Tribunato di Faure e il discorso di Grenier, l'oratore del Tribunato Entrambi dicono che la vendita dell'art. 1585 non trasferisce la proprietà e che è questo il motivo per cui i rischi restano a carico del venditore (1). Noi escludiamo queste testimonianze, perchè si fondano sopra un errore. Già trattando la questione dei rischi, al titolo delle *Obbligazioni,* abbiamo constatato l'incertezza, diciamo meglio, l'inesattezza che domina nei lavori preparatorii, a riguardo dei rischi. Poco importa dunque quanto ha detto Cambacérès, mediocre legista, e quanto hanno osservato Faure e Grenier, che hanno esposto più d'un errore. I loro errori non fanno legge. Bisogna attenersi ai veri principii.

139. Risulta dall'art. 1585 e da quanto abbiamo detto che vi ha grande differenza fra la vendita in massa e la vendita a peso, numero o misura. La vendita in massa è governata dal diritto comune. Essa pone la cosa a rischio del compratore, e gli trasferisce la proprietà. È quello che dice l'art. 1586: « Se, al contrario, le mercanzie siano state vendute in massa, la vendita è perfetta, quantunque le mercazie non siano per anco state pesate, numerate o misurate ». Si dà come esempio la vendita delle mercanzie contenute in un magazzino mediante un determinato prezzo. È la vendita d'un corpo certo, senza alcun riguardo alla quantità delle mercanzie che si trovano nel magazzino. È una vendita di corpo certo e determinato, e quindi gli effetti devono essere quelli stessi di ogni cosa determinata. Si applica l'art. 1583. La proprietà è trasferita e i rischi stanno a carico del compratore.

Resta a sapersi in quali casi la vendita è fatta a peso, numero o misura, nel senso dell'art. 1585. Si può rispondere che per principio la vendita è retta dall'art. 1585 quando la cosa è indeterminata. Esaminiamo le diverse ipotesi che possono presentarsi.

Ve ne ha una prima che basta ricordare. Si vendono dieci ettolitri di vino a settantacinque lire l'ettolitro. La cosa è determinata solo quanto alla specie, e quindi è indeterminata, il che decide la questione. La proprietà non è trasferita e i rischi restano pel venditore. Non è questa l'ipotesi preveduta dall'art. 1585. Infatti, esso suppone che la cosa venduta possa perire in parte o interamente. Ora, una specie non perisce (1).

La disposizione dell'art. 1585 è tratta da Pothier. Io vendo dieci moggia del grano che si trova in un certo granaio.

---

(1) TROPLONG, p. 53, n. 87.
(2) DURANTON, t. XVI, p. 113, n. 88, e tutti gli autori.

La vendita nnn sarà perfetta finchè il grano non sarà misurato. È vero che, dal momento del contratto e prima della misurazione, le obbligazioni che nascono dal contratto esistono. Il compratore ha azione contro il venditore per farsi consegnare la cosa venduta, e il venditore ha azione contro il compratore pel pagamento del prezzo, offrendo di consegnare il grano. Ma l'obbligazione del venditore non ha ricevuto ancora la sua perfezione, perchè ha soltanto un oggetto indeterminato, che non deve divenire determinato che colla misurazione. Gli è dunque solo dopo la misurazione che i rischi della cosa possono stare a carico del compratore, perchè i rischi non possono cadere che su qualche cosa di determinato (1).

Il rischio colpirebbe ancora il venditore se tutto il grano che si trova nel granaio venisse a perire? Secondo i principii che reggono i debiti di quantità, bisognerebbe rispondere che la perdita è sopportata dal compratore. Infatti, il debito ha per oggetto una cosa formante oggetto d'un genere limitato. Io non vendo cento ettolitri di grano *in genere*, ma cento ettolitri del grano che si trova nel tal granaio. Ora, se il genere non perisce, un genere limitato può perire (2). Il motivo sul quale è fondato il principio dei rischi conduce alla stessa conclusione. Perchè il creditore sopporta il rischio? Perchè si suppone che il debitore abbia adempita la sua obbligazione vegliando alla conservazione della cosa con tutte le cure d'un buon padre di famiglia. Ora, se è impossibile vegliare alla conservazione d'una specie, è possibilissimo conservare una specie limitata. Tuttavia noi dubitiamo che si possa ammettere questa eccezione. Essa è contraria ai termini assoluti della legge. L'art. 1585 non distingue fra la perdita parziale e la perdita dotale. La legge mette i rischi a carico del venditore perchè la vendita è imperfetta o, come dice Pothier, perchè la cosa è indeterminata. Il motivo è generale, e tale dev'essere anche la decisione. A dire il vero, l'eccezione determina la regola, perchè si può sostenere anche che la perdita parziale dovrebbe stare a carico del compratore, secondo i principii che governano i rischi. Dal momento che la cosa è abbastanza determinata perchè il venditore possa e debba conservarla, egli è obbligato a conservarla colle cure d'un buon padre di famiglia. Gli è così nella vendita a misura d'una quantita di grano che si trova nel tal granaio. Nulla impedisce al venditore di vegliare alla conservazione di tutto il grano che vi si trova, e quindi anche del grano venduto, poichè è una parte di questo grano che vien venduta. Così fu giudicato (3), e la decisione ne pare perfettamente giuridica. Ora, dal momento che il ven-

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 308.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 11, n. 7 *bis* IV.
(3) Bruxelles, 23 luglio 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 194).

ditore ha adempita la sua obbligazione anche il compratore dovrebbe, in caso di perdita fortuita, adempiere la propria, vale a dire che i rischi dovrebbero stare a suo carico. L'art. 1585 deroga dunque al principio dei rischi. Bisogna prenderlo com'è.

Non diremo altrettanto della proprietà. È certo che, nella specie, la proprietà non viene trasferita. Il trasferimento della proprietà esige una determinazione più certa che l'obbligazione di conservare la cosa. Il compratore non può divenire proprietario finchè il grano venduto non sia misurato. Infatti, la proprietà, come ogni diritto reale, non può esercitarsi che sopra una cosa che il compratore abbia in suo potere e di cui possa usare nella maniera più assoluta. Ora, ciò non è possibile finchè il grano non è misurato. È questa considerazione che pare abbia trascinato gli autori del codice. Faure e Grenier dicono che il venditore sopporta il rischio perchè resta proprietario. Ecco un pessimo ragionamento. Una persona può essere tenuta ai rischi senza essere proprietaria. È verissimo, come dicono gli oratori del Tribunato, che, nella nostra ipotesi, la proprietà non è trasferita, ma non se ne avrebbe dovuto conchiudere che il compratore non sopporta i rischi.

Pothier prevede anche una seconda ipotesi. Io vendo tutto il grano che è mio nel granaio a un tanto l'ettolitro. La vendita non si ritiene perfetta in questo caso, dice Pothier, e la cosa venduta non sta a rischio del compratore, finchè il grano non sia stato misurato. Fino a questo momento, dice Pothier, non si sa quanto è stato venduto, non si sa quale è il prezzo che il compratore deve pagare, poichè il prezzo dipende dalla misurazione. Per conseguenza, la vendita *non è abbastanza perfetta* perchè il rischio della cosa possa riguardare il compratore. Devesi ammettere ancora questa decisione sotto l'impero del codice? La questione è controversa, e se potesse essere decisa secondo i principii, non esiteremmo a rispondere che il compratore deve sopportare il rischio. Così è stato giudicato dalla Corte di Dijon. Un proprietario vende, a un tanto l'ettolitro, tutta la sua raccolta di vini esistente nelle sue cantine. Viene stipulato che i vini devono rimanere nelle cantine e non essere misurati che al momento della loro uscita. La Corte ha deciso che la proprietà dei vini era stata trasferita nel compratore al momento della vendita e prima di ogni misurazione. Essa ne ha conchiuso che i vini erano da quel punto a rischio del compratore. La sentenza si fonda sul fatto che la cosa venduta, sebbene non misurata, è perfettamente determinata. Nulla impedisce al compratore di disporne. Egli sa di che cosa ha diritto di disporre, e quindi vi ha trasferimento della proprietà. È vero che il prezzo non è conosciuto esattamente, ma è però certo nei suoi elementi. Non resta a fare che un calcolo le cui basi sono convenute (1). Ne pare certo che, in questa ipotesi,

---

(1) Dijon, 13 dicembre 1867 (DALLOZ, 1870, 5, 372). Vedi, in senso diverso, le au-

a differenza della prima, la proprietà viene trasferita, poichè la cosa venduta è determinata. I creditori chirografarii del venditore non potrebbero più sequestrare i vini contenuti nelle sue cantine, poichè questi vini sono divenuti proprietà del compratore. Costui ne può disporre. La misurazione non apporta nessuna incertezza nella determinazione della cosa. La Corte di Dijon ha torto di conchiuderne che il compratore deve anche sopportare i rischi, poichè i rischi non dipendono dal trasferimento della proprietà. Però, nella specie, crediamo che, secondo i principii e astrazion fatta dai testi, bisogna decidere che i rischi colpiscono il compratore. Si tratta di sapere se la cosa è sufficientemente determinata perchè il venditore possa conservarla. Ora, l'affermativa è evidente. Ma abbiamo già detto che la legge non segue questi principii nell'art. 1585, e Pothier risolve molto positivamente la questione contro il venditore. La decisione di Pothier si può giustificare con questa considerazione che la perdita della cosa impedisce di determinare il prezzo che il compratore deve pagare, poichè il prezzo dipende dalla misurazione, e la misurazione è impossibile quando la cosa è perita. Si suppone ancora che vi sia impossibilità assoluta di determinare il prezzo in un altro modo. È certo che il compratore è debitore, poichè si suppone che il venditore abbia adempito la sua obbligazione. Ora, dal momento che vi ha debito, deve essere pagato Alla fin fine è l'autorità di Pothier che deve prevalere, perchè si tratta di determinare il valore d'una disposizione che è stata attinta nel suo trattato. Bisogna dunque attenersi al testo dell'art. 1585 e mettere i rischi a carico del venditore (1).

140. Si ammette che l'art. 1585 non è applicabile alle vendite commerciali quando le mercanzie sono vendute a peso, sopra commissione data da un compratore a un venditore residente in un'altra località. La questione è molto dubbia. Siccome essa riguarda il diritto commerciale, ci limiteremo a citare la recente sentenza della Corte di cassazione, la quale ha deciso che, in questo caso, la vendita è perfetta dal momento che le mercanzie sono state pesate e rimesse dal venditore al vetturale. La sentenza della Corte di Parigi che venne cassata si era pronunciata per l'applicazione dell'art. 1585 (2).

---

torità citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 341, nota 43, § 349. Bisogna aggiungere, Grenoble, 22 maggio 1869 (DALLOZ, 1874, 5, 537), e Nîmes, 2 gennaio 1871 (DALLOZ, 1872, 5, 464) che ha giudicato che la vendita in ragione di un tanto l'ettolitro del vino contenuto in fusti è perfetta dal giorno in cui il compratore ha assaggiato il vino ed apposto la sua marca sui fusti, e che, per conseguenza, le avarie sopraggiunte tra la vendita e la consegna sono a carico del compratore.

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 9, n. 7 *bis* II.

(2) Cassazione, sezione criminale, 24 dicembre 1875 (DALLOZ, 1876, 1, 91).

§ III. — *Della vendita di cose delle quali è uso di fare l'assaggio.*

141. L'art. 1587 porta. « Riguardo al vino, all'olio ed alle altre cose delle quali è uso di fare l'assaggio prima della compera, *non vi è vendita* finchè il compratore non le abbia assaggiate ed approvate ». Non vi è vendita, e quindi la vendita non si forma che quando il compratore dichiara di approvare la cosa venduta. Fino a quel punto egli non è legato, perchè non ha consentito a comperare se non nel caso che le cose siano di suo gradimento. È soltanto dopo che le ha assaggiate ed approvate ch'egli consente a comperarle. Ma se il compratore non è vincolato, lo è il venditore, perchè ha consentito a vendere. Ma si tratta di un consenso unilaterale, che non gli dà alcuna azione contro il compratore, salvo quella che spetta ad ogni promittente, perchè il suo impegno è, in realtà, una promessa di vendere. La promessa diverrà una vendita dal giorno in cui il compratore avrà dichiarato che approva la cosa. Ma può anche dire che non l'approva. In questo caso non vi sarà vendita (1).

142. Si è dato un altro senso all'art. 1587. La vendita, si dice, è condizionale (2). Ma la condizione che consiste nell'assaggiare la cosa ed approvarla essendo puramente potestativa, non si può dire che il compratore sia obbligato. È tanto vero che coloro i quali ammettono che la vendita è condizionale confessano ch'essa dipende dal capriccio del compratore. Egli compera se vuole, egli non contrae alcun impegno. Non vi è dunque vendita, nemmeno condizionale, perchè la vendita condizionale implica obbligazioni reciproche contratte da entrambe le parti. S'invoca l'art. 1588, a termini del quale la vendita fatta col patto d'assaggio si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva. La disposizione attesta contro coloro che vogliono valersene. Vi ha, tra l'art. 1588 e l'art. 1587, una differenza di dicitura che è decisiva. Quando si tratta della vendita col patto d'assaggio, la legge dice formalmente ch'essa è *condizionale,* il che implica che vi ha una vendita, mentre se si tratta di cose delle quali si costuma di fare l'assaggio prima di comperarle, la legge dice che *non vi è vendita* finchè il comratore non le abbia approvate. Dunque la vendita non esiste al momento in cui si forma la convenzione, e non esisterà che quando il compratore avrà approvato le cose. E se le approva, non si

---

(1) TROPLONG, p. 59, n. 97. AUBRY e RAU, t. IV, p. 334 e seg., § 349.

(2) DUVERGIER, t. I, p. 96, n. 97. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 14, n. 8 *bis* I. In senso contrario. TROPLONG, p. 59, n. 97. AUBRY e RAU, t. IV, p. 334, nota 14, § 349.

può dire che il suo consenso retroagisce. Si comprende la retroattività d'una condizione, ma non si concepisce che il consenso sia dato in un tempo in cui il compratore non ha consentito.

143. La questione di sapere se la vendita è condizionale non ha importanza in quanto concerne i rischi. Secondo tutte le opinioni, si ammette che i rischi sono pel venditore. Se la cosa viene a perire, il compratore è nell'impossibilità di assaggiarla, e, per conseguenza, la vendita non può perfezionarsi. Quando vi ha soltanto deterioramento, l'assaggio potrà farsi, ma il compratore dichiarerà naturalmente che non approva la cosa (1).

Ma la questione ha importanza in quanto concerne il trasferimento della proprietà. Secondo la nostra opinione, la vendita non esiste che dal momento in cui il compratore ha approvato la cosa. Non è dunque che a partire da questo momento che la proprietà è trasferita. Secondo l'opinione contraria, si ammette che la proprietà è trasmessa al compratore al momento della vendita, ben inteso, se la cosa è determinata, come il vino della tal botte. In questo caso, si dice, la convenzione è una promessa condizionale, di un determinato corpo, e quindi deve trasferire una proprietà condizionale. Poco importa che non vi sia vendita; v'ha promessa di dare, e questa basta perchè la proprietà sia trasferita colla convenzione (2). No, non basta. Sta il principio che la proprietà si trasferisce per effetto dei contratti, vale a dire col concorso del consenso delle due parti. Non si concepisce il trasferimento della proprietà per effetto d'una obbligazione unilaterale di dare, nemmeno a titolo di trasmissione condizionale, poichè per il trasferimento d'una proprietà condizionale occorre concorso di volontà quanto per la trasmissione pura e semplice. Ora, nella vendita dell'art. 1587, questo concorso di volontà non esiste. Dunque la proprietà non è trasmessa nemmeno condizionatamente. In realtà, non vi ha condizione, è il consenso che manca, e il consenso non retroagisce. La vendita dell'art. 1587 è, in realtà, una semplice promessa di vendita, e la promessa unilaterale di vendere non trasferisce la proprietà. La trasmissione della proprietà non si fa che quando il creditore ha dichiarato di voler comperare (n. .5 e 16).

144. L'art. 1587 suppone che il compratore può rifiutarsi d'approvare la vendita senza che debba render conto dei motivi del suo rifiuto. Il suo motivo è che la cosa non è di suo gusto, e il gusto è affatto individuale. Ne consegue che il venditore non sarebbe ammesso a provare che la mercanzia è buona e leale provocando una perizia, perchè le parti non si sono rimesse all'apprezzamento dei periti, ma hanno subordinato l'esistenza della vendita al gusto individuale del compratore.

---

(1) Troplong, p. 62, n. 101. Colmet de Santerre, t. VII, p. 14, n. 8 *bis* I.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 14, n. 8 *bis* II.

Gli è così in tutti i casi in cui la vendita ha per oggetto cose di cui si costuma fare l'assaggio prima di comperarle? È certo che le parti possono convenire che l'assaggio si farà per mezzo dei periti. In questo caso, la vendita cambia natura. Il compratore è impegnato, egli è obbligato a mantenere la vendita, se la perizia prova che la cosa venduta è buona e leale. Questa vendita sarà condizionale? Vi ha necessariamente una condizione, ed è che la vendita non è valida se non nel caso che la mercanzia sia buona e leale, al dire dei periti. Ma com'è questa condizione? È dessa sospensiva o risolutiva? Questo dipende dalla volontà delle parti contraenti, e quindi bisogna lasciare la soluzione al giudice (1).

Così grande è la differenza fra la vendita dell'art. 1587 e la vendita fatta sotto la condizione d'assaggio per mezzo dei periti. Quando si può ammettere che le parti si sono rimesse al gusto dei periti? Non occorre dichiarazione espressa, perchè il consenso può essere tacito. Tutto ciò che si può dire si è che la legge suppone che la vendita dipende dal gusto del compratore. La clausola contraria è un'eccezione. Bisogna, per conseguenza, ch'essa risulti ben chiaramente dalla convenzione.

145. È stato giudicato che l'art. 1587 non è applicabile quando le parti vi hanno tacitamente derogato, e che vi ha deroga tacita quando il compratore conosceva da lungo tempo il terreno di cui acquistava il prodotto, non per il suo consumo particolare, ma per lasciarlo, mettendolo in commercio, al gusto dei consumatori. La Corte ne conchiude che le parti hanno inteso fare una vendita definitiva e perfetta dal giorno del contratto. Sul ricorso, la Corte di cassazione decise che non essendo l'art. 1587 d'ordine pubblico, era permesso alle parti interessate di derogarvi con convenzioni particolari e che spettava alle Corti d'appello giudicare, secondo le circostanze, se vi erano convenzioni e di determinarne la natura e gli effetti (2). La Corte di cassazione non dice che vi ha deroga per ciò solo che la vendita ha luogo fra commercianti e che le cose comperate sono destinate ad essere rivendute. Sarebbe stato stabilire un'eccezione *a priori*, mentre la deroga non può risultare che dalle convenzioni intervenute fra le parti. La sentenza della Corte d'appello è nello stesso senso. La circostanza che la vendita ha luogo fra commercianti e che il vino è destinato al consumo del pubblico non è che uno degli elementi della decisione. La questione è dunque puramente di fatto. Gli autori hanno torto di fare d'una eccezione di fatto una regola generale che escluderebbe l'applicazione dell'art. 1587 in tutte

---

(1) TROPLONG, p. 60, nn. 99 e 101.

(2) Rigetto, 29 marzo 1836 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 239). Cfr. Bruxelles, 22 giugno 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 41).

le vendite fra commercianti (1). Può accadere che anche queste vendite siano subordinate al gusto del compratore. Chi smercia vini o liquori può dovere la sua riputazione e la sua clientela alla delicatezza del suo gusto. In questo caso, non è il gusto dei periti che deciderà, ma il gusto individuale del compratore. Non bisogna però, alla sua volta, erigere a regola questo fatto particolare e dire che l'art. 1587 è applicabile alle vendite commerciali (2). L'articolo è applicabile in diritto, ma salva derogazione. Può dunque esservi derogazione. Occorre all'uopo una convenzione espressa. In mancanza di convenzione, l'art. 1587 resta applicabile. È quello che ha deciso la Corte di cassazione in un caso in cui il primo giudice aveva applicato l'art. 1587 ad una vendita commerciale. La Corte respinse il ricorso pel motivo che non risultava dalla sentenza impugnata nessuna *convenzione,* nessun *uso* che avesse derogato al testo letterale e formale dell'art. 1587, il che giustificava la decisione (3). Importa notare che la Corte equipara l'uso alla *convenzione*. È un'applicazione dell'art. 1160, a termini del quale nei contratti si devono ritenere per apposte le clausole che sono di uso, ancorchè non siano espresse. Ciò è vero specialmente in materia commerciale, poichè gli usi commerciali tengono luogo di legge.

146. Si ammette ancora che vi ha deroga all'articolo 1587 quando il compratore e il venditore non abitano nella stessa città. Io acquisto una partita di vino da un mercante di Bordeaux. Potrei forse rifiutarlo, sebbene il vino sia leale e mercantile, dicendo che non è di mio gusto? La questione è analoga a quella che abbiamo discussa or ora. Non si può deciderla in termini assoluti, poichè si tratta di sapere se le parti hanno derogato all'art. 1587. Il giudice apprezzerà (4).

147. Rimane una difficoltà. Quando e dove deve farsi l'assaggio? Anche questo dipende dalla convenzione delle parti. In mancanza di convenzione sul tempo dell'assaggio, bisogna applicare, per analogia, quanto abbiamo detto della promessa unilaterale di vendita, la vendita dell'articolo 1587 non essendo, in realtà, che una promessa di vendere (n. 18). Se, per derogazione all'art. 1587, il compratore ha acquistato rimettendosi al gusto generale, la convenzione deve eseguirsi immediatamente. Si suppone che non vi sia termine convenzionale, e non vi ha termine tacito oltre il tempo necessario per ricevere la consegna e per far assaggiare la cosa venduta (5).

Ove deve farsi l'assaggio? Vi sono, su questo punto, due

---

(1) TROPLONG, p. 61, n. 100, 1.°. AUBRY e RAU, t. IV, p. 335, nota 15, § 349.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 15, n. 8 *bis* V.
(3) Rigetto, sezione civile, 5 dicembre 1842, in seguito a deliberazione in Camera di consiglio (DALLOZ, v. *Vente*, n. 240, 2.°).
(4) Cfr. TROPLONG, p. 62, n. 100, 2.° e 3.°. DUVERGIER, t. I, p. 101, n. 101.
(5) Cfr. TROPLONG, p. 63, n. 102. Liegi, 4 dicembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 211).

sentenze contraddittorie pronunciate dalla stessa Corte. La Corte di Besançon ha giudicato da prima che l'assaggio doveva farsi nei magazzeni del venditore. Indi la stessa Corte ha deciso che doveva farsi nel luogo della consegna (1). Pare a noi che le due decisioni siano troppo assolute. Tutto dipende dalle circostanze. Bisogna lasciare simili questioni all'apprezzamento del magistrato.

§ IV. — *Della vendita col patto d'assaggio.*

148. A termini dell'art. 1588, « la vendita col patto d'assaggio si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva ». È quanto dire che la vendita è condizionale. Essa esiste, per conseguenza, ma dipende, ne' suoi effetti, da un avvenimento futuro e incerto, l'assaggio che si farà. Questo assaggio è rimesso unicamente alla volontà del compratore, nel senso ch'egli può dichiarare che la cosa non gli conviene, che non può servirsene? (2). La legge non lo dice. Sarebbe assimilare la vendita dell'art. 1588 alla vendita dell'art. 1587. Ora, il testo stabilisce una differenza, come abbiamo già osservato (n. 142), e la differenza è essenziale. La vendita dell'art. 1587 non esiste che quando il compratore approva la cosa. Fino allora non vi ha che un contratto unilaterale, mentre la vendita dell'art. 1588 esiste immediatamente, ma è soggetta ad una condizione. Se la condizione si compie, la vendita produrrà tutti i suoi effetti, dal giorno in cui è stata contratta. Quale è questa condizione? Essa non è puramente potestativa. La cosa ha la sua destinazione. Se essa conviene all'uso pel quale è fatta ed acquistata, il compratore non può restituirla al venditore. Non si tratta qui del suo gusto, si tratta di sapere se la cosa convenga o meno. In caso di contestazione, decideranno i periti (3). Le parti potrebbero, senza dubbio, stipulare il contrario, ma, in questo caso, la convenzione cambierebbe natura; il compratore non sarebbe vincolato, lo sarebbe soltanto il venditore. Si avrebbe una promessa di vendita anzichè una vendita (4).

149. Gli autori del codice si sono allontanati in questo punto della dottrina di Pothier. Secondo lui, la vendita col patto d'assaggio era fatta sotto condizione risolutiva. S'intende da sè che le parti possono pattuirla sotto questa condizione. L'art. 1588 presume soltanto che la volontà delle parti è di contrattare sotto condizione

---

(1) Besançon, 4 luglio 1852 (o 1862) e 13 gennaio 1863 (DALLOZ, 1863, 2, pp. 10 e 11).

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 16, n. 9 *bis*.

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 335, § 349.

(4) Cfr. TROPLONG, p. 66, nn. 106 e 107. Bruxelles, 1.° maggio 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 269).

sospensiva, salvo manifestare una volontà contraria. Il caso si è presentato. Un mercante di cavalli vende una polledra sotto la clausola seguente: Alla fiera di maggio, il compratore doveva dargli milleottocento lire, o restituirgli la cavalla se non gli convenisse. Soggiungeva che non intendeva essere responsabile degli accidenti che potessero capitargli. La Corte di Poitiers decise che vi era vendita sotto condizione risolutiva; il che è evidente (1).

150. Non vi ha alcuna difficoltà quanto ai rischi. Il compratore non li sopporta nella vendita dell'art. 1588. Se la cosa perisce prima dell'assaggio, la condizione non può adempiersi, poichè il compratore non può più fare l'assaggio, e quando la condizione manca, ne risulta che la vendita si considera come non mai esistita. Se la vendita è fatta sotto condizione risolutiva, i rischi stanno a carico del compratore secondo il diritto comune.

Sezione IV. — Della dazione in pagamento.

151. Vi ha grande analogia fra la dazione in pagamento e la vendita. Pothier definisce la dazione in pagamento come segue: « È un atto col quale un debitore dà una cosa al suo creditore, che vuol riceverla in luogo e in pagamento d'una somma di denaro o di qualche altra cosa che gli è dovuta ». Questa convenzione rassomiglia alla vendita, al punto che una legge romana dice: Dare in pagamento è vendere. La cosa che è data in pagamento tien luogo della cosa venduta, e la somma in pagamento della quale è data tien luogo di prezzo. Perchè esista l'analogia bisogna dunque che la cosa dovuta sia una somma di danaro, altrimenti non vi sarebbe prezzo, e quindi non vendita.

L'analogia è consacrata dal codice civile. Esso proibisce la vendita fra coniugi, salvo nei tre casi previsti dall'art. 1595. Ora in questi tre casi, vi ha dazione in pagamento. Le due convenzioni sono dunque messe alla stessa stregua. Ne risulta una conseguenza importantissima, che devonsi, cioè, applicare alla dazione in pagamento i principii che reggono la vendita. Pothier applica questa regola alla garantia. Se il creditore è evitto della cosa che ha ricevuto in pagamento, ha un'azione contro il debitore. Qual'è questa azione? I Romani, esattissimi e sottilissimi, la chiamavano azione utile *ex empto*. Non era l'azione propriamente detta nascente dalla vendita, poichè malgrado le analogie, vi hanno delle differenze tra la vendita e la dazione in pagamento, ma l'azione aveva lo stesso fondamento, l'obbligazione di garanzia, e produceva gli stessi effetti. Siccome, in

---

(1) Poitiers, 28 giugno 1873 (Dalloz, 1874, 2, 30).

diritto moderno, non conosciamo le azioni utili, si può dire che il creditore può agire in garantia contro il debitore e che ha gli stessi diritti del compratore (1).

152. Tuttavia Pothier non identifica la dazione in pagamento colla vendita. Egli segnala parecchie differenze fra le due convenzioni. La dazione in pagamento è traslativa di proprietà, mentre, nell'antico diritto, il venditore non si obbligava a trasferire la proprietà. Questa differenza non esiste più in diritto moderno. La vendita ha per oggetto di trasferire la proprietà, al pari della dazione in pagamento. È dunque una nuova analogia fra questi due fatti giuridici.

Pothier stabilisce una seconda differenza la quale sussiste sotto l'impero del codice. Egli pone la questione in questi termini. Un debitore conviene col suo creditore di vendergli un immobile per diecimila lire, la qual somma va in compenso di egual somma che gli deve. Ecco una vendita. Se è detto che il debitore dà al suo creditore una cosa in pagamento della somma di diecimila lire che gli deve, vi ha dazione in pagamento. Ecco la differenza fra queste due convenzioni che, a primo aspetto, sembrano identiche. Se io vi ho venduto un immobile per una somma di diecimila lire stipulando che la detta somma si compenserebbe col mio debito, mentre non vi devo nulla, quale sarà il mio diritto? Posso ripetere la cosa che vi ho venduta? No, il nostro contratto sussiste. Soltanto si trova che il compratore, che doveva pagare il suo prezzo per via di compensazione, non l'ha pagato, poichè non era creditore. Egli resta dunque debitore del prezzo. La mia azione è, per conseguenza, l'azione derivante dalla vendita pel pagamento del prezzo. Questa azione è garantita da un privilegio, e il venditore ha inoltre l'azione di risoluzione. Se, al contrario, io vi ho dato un immobile in pagamento della somma che credeva di dovervi, e non vi devo nulla, ho fatto un pagamento indebito. Posso dunque ripetere la cosa che ho pagato coll'azione di ripetizione dell'indebito. Questa azione non è non è munita d'alcun privilegio. Abbiamo detto, trattando dei quasi contratti, a quali condizioni la ripetizione è soggetta e quali ne sono gli effetti (2).

153. Vi ha un'altra differenza fra la dazione in pagamento e la vendita. A termini dell'art. 1602, ogni patto ambiguo od oscuro s'interpreta contro il venditore. È, come diremo, una deroga al diritto comune, e per ciò stesso di stretta interpretazione. Non si può dunque estendere la disposizione dell'articolo 1602 alla dazione in pagamento. Non vi ha nemmeno analogia. I motivi che si danno per giustificare l'art. 1602 non si applicano che alla vendita.

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 604.

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 602, seguito dagli autori moderni (DUVERGIER, t. I, p. 44, nn. 45 e 46. TROPLONG, p. 21, n. 7).

CAPO II.

Delle obbligazioni del venditore.

Sezione I. — Nozioni generali.

154. L'art. 1602 dispone: « Il venditore è obbligato a spiegare chiaramente ciò a cui si obbliga. Ogni patto oscuro od ambiguo s'interpreta contro il venditore ». È una disposizione tradizionale assai difficile a spiegare. Il venditore è obbligato a spiegare chiaramente ciò a cui si obbliga. Non accade lo stesso di tutti coloro che contraggono un'obbligazione qualsiasi? La legge suppone che vi sia qualche cosa di speciale nella posizione del venditore. Si dice d'ordinario che il venditore detta la legge della vendita. È in questo senso che si esprime il relatore del Tribunato: « Il venditore dovendo, secondo la natura del contratto, presiedere alle condizioni, la legge l'avverte di spiegarsi bene » (1). È pure in questo senso che un vecchio proverbio dice: « V'hanno più pazzi compratori che pazzi venditori ». Questo suppone che i compratori agiscano con imprudenza, che facciano cattive speculazioni, ma non prova che siano stati ingannati dai venditori, nè che questi siano i padroni del contratto. Si è sempre liberi di comperare, mentre talvolta si è costretti a vendere. Anche la legge accorda l'azione di rescissione per causa di lesione al venditore, mentre non la dà al compratore, il che prova che il venditore subisce la legge del compratore, mentre la legge suppone che il venditore detti la legge del contratto.

155. Tuttavia la legge vuole che ogni clausola oscura od ambigua s'interpreti contro il venditore. Qui vi ha una deroga all'art. 1162, secondo il quale la convenzione, nel dubbio, s'interpreta contro colui che ha stipulato ed in favore di quello che ha contratta l'obbligazione. Siccome il venditore è ad un tempo debitore e creditore, le clausole dubbie dovrebbero interpretarsi in suo favore, quando si obbliga, e contro di lui quando stipula, mentre in virtù dell'art. 1602 esse s'interpretano contro di lui anche quando è debitore. Grenier ci dirà i motivi di questa eccezione. « Il venditore, egli scrive, conosce partico-

(1) Faure, *Relazione*, n. 25 (Locré, t. VII, p. 92). Cfr. Troplong, p. 154, numero 260.

larmente tutto ciò che vende, fissa il prezzo che gli è accordato dall'acquirente, sa che la consegna e la garantia sono le condizioni prime della vendita. Se vi ha qualche dubbio su questi oggetti, si deve interpretarlo contro di lui, perchè è stato in suo potere di spiegare, a questo riguardo, la convenzione ed ogni reticenza da parte sua diviene sospetta » (1). Vi ha del vero in questa osservazione. Il venditore conosce la cosa meglio del compratore, ma la conseguenza che la legge ne trae è esagerata. Secondo il motivo dato da Grenier, non si dovrebbero interpretare contro il venditore che le clausole relative allo stato della cosa venduta. L'art. 1602 va molto più oltre: « *Ogni patto* oscuro od ambiguo s'interpreta contro il venditore ». La legge sembra dire che ogni clausola del contratto, dato che sia oscura, s'interpreta contro di lui.

Noi non crediamo che tale sia il senso della legge. La regola dell'art. 1602 è tolta alla tradizione. Ora, ecco come Domat la formulava. Egli l'applicava alle clausole che determinano quale è la cosa venduta, in che essa consiste, le sue qualità e i suoi difetti (2). Se l'art. 1602 non riproduce le espressioni di Domat ne riproduce il significato. Non bisogna isolare il secondo alinea dell'art. 1602, perchè è un seguito ed una conseguenza del primo. Ora, il primo non parla che delle obbligazioni del venditore, e queste obbligazioni concernono precisamente la cosa venduta. Ciò che conferisce gran peso all'interpretazione restrittiva che noi diamo all'art. 1602 è che Grenier, uno degli autori del codice, ha spiegato la legge in questo senso nel discorso da lui pronunciato come oratore del Tribunato. Dopo aver detto che il venditore conosce particolarmente la cosa che vende e i suoi accessorii, soggiunge: « È relativamente a questi oggetti che si limita la regola d'interpretazione contro il venditore, perchè per rapporto alle altre clausole della vendita, che dipenderebbero tanto dal fatto del compratore quanto da quello del venditore, in caso d'oscurità o d'ambiguità, il modo d'intenderlo sarebbe soggetto alle regole generali dell'interpretazione delle convenzioni, e non si deve vedere un concetto contrario nei termini nei quali il secondo paragrafo dell'articolo è concepito, perchè è evidente ch'esso si riferisce a ciò che forma l'oggetto del paragrafo primo, vale a dire all'obbligazione da parte del venditore, di *spiegare chiaramente ciò a cui si obbliga*.

156. Gli scrittori danno una maggior portata alla regola dell'art. 1602, prendendola alla lettera (3). Vi hanno sentenze che sembrano favorevoli ad una interpretazione letterale (4). Però la dottrina e la giurisprudenza tendono a dare alla legge un

---

(1) GRENIER, *Discorsi*, n. 17 (LOCRÉ, t. VII, p. 110).
(2) DOMAT, *Delle leggi civili*, libro I, tit. III, sezione XI, § 14, p. 52.
(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 360, nota 3, § 354, e gli autori che citano.
(4) Bourges, 15 dicembre 1868 (DALLOZ, 1869, 2, 36).

senso restrittivo. Il legislatore suppone che sia il venditore che ha fatto inserire nell'atto la clausola oscura od ambigua. Può darsi anche che sia il compratore. In questo caso, lo spirito della legge richiede che il dubbio s'interpreti contro l'autore della clausola (1). Si ammette anche una seconda restrizione che tempera singolarmente ciò che vi ha di troppo assoluto nei termini dell'art. 1602. Questa disposizione non è l'unica regola d'interpretazione delle clausole oscure od ambigue di un contratto di vendita. Il codice, al titolo delle *Obbligazioni*, contiene una serie di regole sull'interpretazione delle convenzioni. Queste regole si applicano tanto alla vendita quanto agli altri contratti, ad eccezione dell'art. 1162, che è modificato dall'art. 1602. La Corte di cassazione ha giudicato così (2), e non ci pare dubbio. Ne consegue che i tribunali conservano una grande latitudine per l'applicazione dell'art. 1602. Essi non sono obbligati a pronunciarsi sempre contro il venditore, quando una clausola è dubbia. Il loro diritto e il loro dovere è di ricercare anzitutto la volontà delle parti contraenti, che fa legge in materia di convenzioni. Essi possono dunque, applicando le regole dell'articolo 1156 e seguenti, interpretare il contratto di vendita contro il compratore, se tale è stata l'intenzione delle parti (3).

L'art. 1602 prescrive che i patti oscuri od ambigui s'interpretano contro il venditore. Che dovrà dirsi se vi hanno due clausole contraddittorie, in modo che sia impossibile constatare la vera intenzione delle parti? Si potrebbe osservare che la contraddizione genera l'oscurità, e che, per conseguenza, vi ha luogo ad applicare l'art. 1602. La Corte di cassazione ha giudicato che questa disposizione non era applicabile. Essa è un'eccezione, e quindi bisogna restringerla. Ora, contraddizioni insolubili non sono l'oscurità. Nella specie, il primo giudice aveva dato al compratore la scelta o di rescindere il contratto, o di assoggettarsi alla clausola del contratto che gli era sfavorevole. La Corte di cassazione confermò questa decisione (4).

157. L'art. 1603 dispone che il venditore ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e quella di garantire la cosa che vende. Abbiamo già osservato che il venditore ha un'obbligazione più essenziale ancora, quella di trasferire la proprietà (n. 2). Di qui la conseguenza che la vendita della cosa altrui è nulla. Questa materia è stata trattata più sopra.

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 207, n. 187. TROPLONG, p. 154, n. 257.
(2) Rigetto, 3 aprile 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 131).
(3) Nancy, 2 dicembre 1842 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 565).
(4) Rigetto, 12 gennaio 1857 (DALLOZ, 1857, 1, 407).

SEZIONE II. — Della consegna.

§ 1. — *Come si fa la consegna.*

158. « La consegna è la traslazione della cosa venduta in potere e possesso del compratore » (art. 1604) Si chiama d'ordinario tradizione, nei contratti traslativi di proprietà (art. 1138). Vi ha luogo a consegna anche nei contratti che non hanno per oggetto di trasferire la proprietà, ma i caratteri e gli effetti della consegna sono differenti in questi diversi contratti. La definizione che l'art. 1604 dà della consegna è tratta a Domat. Noi gli toglieremo anche la spiegazione che ne dà. « Il primo effetto della consegna, dice Domat, è che se il venditore è il padrone della cosa venduta, il compratore ne diviene nel tempo stesso pienamente il padrone, col diritto di goderne, di usarne, di disporne pagando il prezzo. Ed è questo effetto della consegna che costituisce il pieno compimento del contratto di vendita » (1). Così, secondo Domat, l'oggetto principale della consegna sarebbe di trasferire nel compratore la proprietà della cosa quando il venditore è proprietario. Tale era, infatti, l'antico diritto sotto l'impero del quale la proprietà si trasferiva, non colla vendita, ma colla tradizione. Ecco perchè Domat dice che la consegna è la traslazione della cosa in potere del compratore. Fino alla consegna, egli non ne era il padrone, lo diviene colla tradizione. Non è più così nel diritto moderno. L'art. 1138 dice, al contrario, che il compratore è proprietario pel solo effetto del contratto, ancorchè la tradizione non sia stata fatta. La definizione di Domat, riprodotta dall'art. 1604, non è dunque più esatta sotto l'impero del codice. Non si può dire che la consegna trasferisce la cosa in potere del compratore, poichè egli l'ha già in suo potere, egli ne è già il padrone al momento in cui gliene è fatta la tradizione.

Troplong si è dunque ingannato dicendo che la definizione dell'art. 1604 è una innovazione che si riannoda al nuovo principio dell'art. 1138. Singolare innovazione quella che riproduce testualmente la definizione dell'antico diritto! Anzichè essere una conseguenza dell'art. 1138, la definizione del codice è in contraddizione col principio stabilito da questo articolo. Poi Troplong rimprovera molto duramente alla Corte di cassazione di non aver compreso la nuova definizione dell'art. 1138. La Corte dice che la consegna che il venditore è obbligato di fare non è che la traslazione della cosa venduta in *godimento* e possesso del compratore. Essa sostituisce la parola *potere* con

---

(1) DOMAT, *Des lois civiles*, lib. I, tit. II, sez. II., § 10, p. 56.

quella di *godimento* (1). Perciò Troplong grida che la decisione della Corte è romana, ch'essa non ha tenuto alcun conto del profondo cambiamento che l'art. 1138 ha apportato all'antico diritto. È, al contrario, la Corte di cassazione che ha messo la definizione della consegna in armonia col nuovo principio, mentre l'art. 1604 è in contraddizione con questo. Quando si fa la consegna, il compratore è già proprietario, egli ha dunque la cosa in suo *potere*, ma non ne ha ancora il possesso e il godimento. È la consegna che gli dàquesto potere di fatto. La Corte di cassazione ha dunque ragione, e chi si inganna è Troplong.

159. La consegna non ha più, in diritto moderno, l'importanza che aveva nell'antico diritto. Essa non rappresenta più la parte capitale nella traslazione della proprietà. Però vi hanno casi in cui la traslazione della proprietà dipende dalla tradizione. Così accade quando la cosa venduta è indeterminata. In questo caso, la proprietà non si trasmette che colla determinazione della cosa, e ciò avviene d'ordinario colla consegna, ma non è più la tradizione come tale che trasferisce la proprietà, è unicamente la determinazione della cosa venduta che viene a completare il contratto e importa la trasmissione della proprietà. Gli è lo stesso nel caso dell'art. 1141. Noi abbiamo spiegato altrove questa disposizione, il cui senso è molto controverso. Il testo stesso prova che se il secondo compratore diviene proprietario, ciò non accade unicamente perchè gli è stata fatta la tradizione, poichè la legge esige inoltre ch'egli sia di buona fede. È una conseguenza della regola che in fatto di mobili il possesso vale titolo. È perchè la tradizione trasferisce il possesso e il compratore è in buona fede ch'egli diventa proprietario.

Si vede così come, anche quando la tradizione rappresenta una parte nella traslazione della proprietà, ciò avviene perchè trasmette il possesso al compratore. Si può dunque dire che di per sè sola essa non è mai traslativa di proprietà. Per conseguenza, la Corte di cassazione ha ragione di dire che la consegna consiste essenzialmente nella traslazione del possesso. Ne consegue ch'essa produce tutti gli effetti che la legge annette al possesso. Essa diviene il principio della prescrizione acquisitiva basata sul possesso. Invano lo si è negato, obbiettando che il compratore può non possedere pubblicamente, quantunque gli sia stata fatta la consegna, e che, in questo caso, non comincerà a prescrivere (2). Senza dubbio, e la ragione è semplicissima, poichè il solo fatto del possesso non basta perchè il compratore prescriva, ma occorre inoltre che il possesso riunisca i caratteri voluti dalla legge, e uno di questi caratteri è la pubblicità.

La consegna ha dunque ancora una parte considerevole, in

(1) TROPLONG, p. 157, n. 263. Cfr. DUVERGIER, t. I, p. 22, nn. 15 e 16.
(2) MARCADÉ, t. VI, p. 222, n. IV dell'art. 1604.

diritto moderno, per quanto concerne l'acquisto della proprietà, ma è sempre indirettamente, come conseguenza della trasmissione del possesso. Importa altresì, sotto altri rapporti, sapere se il venditore ha eseguita la consegna che è obbligato di fare. Se non l'ha fatta, il compratore può domandare la risoluzione della vendita, mentre il compratore non può, per questo titolo, domandare la risoluzione se la consegna ha avuto luogo. È pure la consegna che determina il tempo e il luogo in cui il compratore deve pagare il prezzo (articoli 1651 e 1612). Infine, se la cosa venduta e *consegnata* produce frutti o altri redditi, il compratore deve l'interesse del prezzo fino al pagamento del capitale (art. 16'2).

N. 1. — Consegna degli immobili.

160. « Il venditore adempie l'obbligazione di consegnare gl'immobili quando ha rimesso le chiavi, se trattasi di un edifizio, ovvero i titoli della proprietà venduta » (art. 1605). La legge non dice nulla del modo più ordinario di fare la consegna, quando il venditore lascia il possesso libero al compratore, spogliandone sè stesso, mettendo il compratore sui luoghi. Sono le espressioni di Domat, che gli autori del codice hanno seguito in questa materia (1).

Che cosa intende la legge per *titoli?* Era già una questione controversa. La decisione è così semplice che non vale la pena di rinnovare la discussione (2). Per *titoli* la legge intende, non l'atto di vendita, ma gli atti che provano la proprietà del venditore. Perchè la rimessa dei titoli opera consegna? Perchè, dice Domat, il venditore si spoglia in tal modo del potere che ha sulla cosa e lo trasmette al compratore. Munito di questi titoli, il compratore può far valere il suo diritto di proprietà e mettersi in possesso contro ogni detentore della cosa, mentre l'atto di vendita constata soltanto l'obbligazione del venditore. Vi ha di più. Non è mai il venditore che consegna l'atto di vendita. Se si tratta di una scrittura privata, essa è stesa in più originali, e ciascuna delle parti ritira il suo. Se trattasi di un atto autentico, è il notaio che consegna le prime copie o le successive. Quando dunque la legge parla della rimessa dei titoli, intende gli atti che il venditore possiede e che deve rimettere al compratore, vale a dire i suoi titoli di proprietà.

La consegna delle chiavi mette l'edifizio a disposizione del compratore, poichè egli solo vi può entrare. Rimettendogliele, il venditore si spoglia del possesso e lo trasferisce al compra-

---

(1) DOMAT, *Leggi civili*, libro I, titolo II, sezione II, § VII.
(2) TROPLONG, p. 165, n. 276. DUVERGIER, t. I, p. 301, n. 255.

tore. Così la rimessa delle chiavi non è una tradizione finta o simbolica. Essa non deve più farsi presso agli edifizi, come segno che il proprietario si spoglia della cosa e ne investe il compratore. Il codice ignora queste distinzioni scolastiche. È un possesso reale che il venditore deve trasmettere, e le vie per le quali lo trasmette sono egualmente reali. Le chiavi non sono un segno, esse danno al compratore il modo di penetrare negli edifizi, e permettono di escluderne ogni altra persona.

161. Secondo il testo dell'art. 1604, basta la rimessa delle chiavi o dei titoli per operare la consegna degli immobili. La rimessa, sia dei titoli, sia delle chiavi, può, infatti, essere sufficiente se dà al compratore il libero possesso della cosa. E questa l'essenza della tradizione. I fatti che la legge enumera non sono che mezzi per raggiungere lo scopo. Questi mezzi possono non bastare. In tal caso, non vi sarà consegna, quantunque i titoli e le chiavi siano stati rimessi al compratore. La Corte di Bruxelles ha giudicato così nel caso seguente. Sono posti in pubblica vendita degli immobili. Quando gli aggiudicatari vogliono mettersi in possesso, trovano i beni occupati da un terzo, che si rifiuta di lasciarne il possesso. Per questo essi domandano la risoluzione della vendita. Si obbietta loro che l'art. 1610 autorizza a domandare la risoluzione solo quando il venditore si rifiuta di fare la consegna. Ora, l'art. 1605 dice che la consegna degli immobili ha luogo colla rimessa dei titoli, rimessa che era stata fatta. La Corte di Bruxelles decise che, non avendo i compratori potuto mettersi in possesso, vi era luogo a pronunciare la risoluzione della vendita per le parti colari circostanze del caso (1). La Corte non risponde direttamente all'obbiezione che i rivenditori attingevano nell'art. 1605. Vi era, in apparenza, consegna legale, quindi pare che avessero soddislatto alla loro obbligazione. In realtà, non vi era consegna; perchè vi sia consegna bisogna che la cosa sia messa in potere e in possesso del compratore. La rimessa dei titoli non opera dunque consegna, se non dà al compratore questo potere e questo possesso. È così che Domat spiega la consegna: « La consegna degli immobili si fa dal venditore quando ne lascia il *possesso libero* al compratore, sia colla consegna dei titoli, sia... ecc. ». La consegna dei titoli è il mezzo, ma se questo mezzo non dà al compratore il *possesso* libero, non vi sarà consegna (2).

162. Il codice non dice che la consegna degli immobili può operarsi col solo consenso delle parti, come statuisce l'art. 1606

(1) Bruxelles, 3 aprile 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 87).

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 361, nota 2, § 354, dicono che l'art. 1605 è inesatto. Cfr. MARCADÉ, t. VI, p. 220, n. II dell'art. 1605. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 68, n. 35 *bis*.

riguardo alla consegna degli effetti mobili. É certo che deve accadere lo stesso degli immobili. Lo dice Domat, è fu ammesso sempre. Il venditore consente a che il compratore si metta in possesso. Ciò basta, secondo Domat, perchè il venditore si spogli del possesso e lo lasci libero al compratore. Ovvero il venditore riconosce che, se possiede ancora, non possederà che precariamente, vale a dire come possiede chi detiene la cosa altrui a condizione di restituirla al padrone quando questi la vorrà. Questo riconoscimento del venditore è un'abdicazione di ogni diritto sulla cosa. Così pure, se il venditore si riserva l'usufrutto, anche questa riserva terrà luogo di tradizione (1).

N. 2. — Della consegna degli effettti mobili.

163. A termini dell'art. 1606, la consegna degli effetti mobili si compie anzitutto colla *tradizione reale*. La legge intende con ciò la rimessa che si fa da mano a mano. È il modo abituale per gli oggetti di piccolo volume. Le cose pesanti si consegnano collo spostamento che si fa in seguito alla vendita. L'espressione *tradizione reale* non implica dunque che vi sia un'altra tradizione che non è reale, ma tradizione finta o simbolica. Abbiamo già detto che il codice ignora queste vane distinzioni della scuola.

La consegna si fa, in secondo luogo, colla rimessa delle chiavi degli edifizi che contengono le cose vendute. Anche questa tradizione è *reale*. Se essa non mette la cosa venduta nelle mani del compratore, le pone a sua disposizione vale a dire in suo potere e possesso. Non è una questione di parole. Se la tradizione fosse fittizia, un secondo compratore, al quale fossero state rimesse le chiavi, non potrebbe invocarla contro un primo compratore, perchè l'art. 1141 esige che il secondo compratore sia stato immesso nel possesso *reale* (2).

164. La consegna può farsi anche col solo consenso delle parti, anzitutto « quando la traslazione reale della cosa venduta non può eseguirsi al tempo della vendita ». Gli è così quando la cosa non si trova nel luogo in cui si contrae la vendita. Il consenso dato dal venditore, con un ordine o sott'altra forma, opererà la consegna. Ma questa consegna consensuale non avrebbe tutti gli effetti della tradizione che il codice chiama reale. Così un secondo compratore non potrebbe invocarla contro il primo, perchè l'art. 1141 non gli dà la preferenza che quando è stato messo in *possesso reale*, il che implica un possesso che colpisce gli occhi, che avverte i terzi. In realtà, mal-

(1) DOMAT, *Leggi civili*, libro I, titolo II, sezione II, § VII.
(2) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 225, n. 540.

grado il consenso o gli ordini dati dal venditore, la cosa è ancora sotto la sua mano. Egli potrebbe lestamente sottrarla, prima che il compratore l'avesse appresa, e rimetterla nelle mani d'un nuovo compratore. Questi avrebbe il possesso reale, la qual cosa dimostra che il primo non l'ha (1).

Dovrà dirsi per questo che la consegna consensuale sia inutile e non produca alcun effetto? No, perchè il venditore ha adempito la sua obbligazione facendo la consegna nei termini di legge. Il compratore non potrà dunque domandare la risoluzione del contratto per causa d'inesecuzione delle obbligazioni del venditore.

165. Il solo consenso basta ancora « se il compratore aveva già le cose in suo potere in dipendenza d'altro titolo » (articolo 1606), per esempio come locatario, mutuatario o depositario. Vi ha allora inversione di possesso. Il detentore cessa di possedere a titolo precario per possedere a titolo di proprietario; egli ha la cosa in sua mano e in suo potere. Fra le parti, la consegna è completa. Lo è anche a riguardo dei terzi? Il secondo compratore potrebbe invocarla contro il primo? Sì, perchè il compratore detiene la cosa e la possiede a titolo di proprietario, e quindi è possessore. Il venditore non ha più la cosa in suo potere, egli non potrebbe rimetterlo a un altro compratore. Dunque, egli s'è spogliato del potere che aveva sulla cosa e ne ha investito il compratore. Vi ha, per conseguenza, possesso reale nel senso dell'art. 1141 (2).

166. Infine vi ha consegna col solo consenso quando il venditore tiene la cosa a titolo di deposito, di prestito, di locazione o d'usufrutto. È ciò che chiamasi constituto possessorio. Questa tradizione è reale nel senso dell'art. 1141? No, il venditore conserva la cosa in suo potere, egli può venderla e rimetterla ad un secondo compratore. Questi sarà in possesso reale, e quindi il primo non ha il possesso reale (3).

167. L'enumerazione dell'art. 1603 è limitativa? No, su questo punto tutti sono d'accordo. Abbiamo citato il constituto possessorio, che, per confessione di tutti, è una tradizione. È anche impossibile enumerare in modo completo i modi di consegna in quanto concerne gli effetti mobiliari. Dipende dalla natura di questi effetti e dall'uso. La giurisprudenza ha consacrato quest'opinione applicandola alla consegna delle legne. È stato giudicato che vi ha tradizione del taglio d'un bosco quando il taglio è stato fatto per conto del compratore e questi ha fatto imprimere la sua marca su qualcuno degli alberi abbattuti. La consegna può risultare anche da un principio di esecuzione del taglio, dal fatto di porre un guardiano al taglio stesso, o, quando

---

(1) TROPLONG, p. 167, n. 283. DUVERGIER, t. I, p. 300, n. 253.
(2) TROPLONG, p. 167, n. 281.
(3) TROPLONG, p. 166, n. 279. AUBRY e RAU, t. IV, p. 362, nota 10, § 354.

la legna giace ancora sul posto, vi sia stata ammucchiata dal compratore (1).

La giurisprudenza ha una dottrina particolare per la consegna delle macchine. È stato giudicato che una macchina a vapore non è consegnata che quando è stata messa sul posto presso il compratore e acconciata in modo da trovarsi in istato di funzionare. La Corte ne ha tratto la conseguenza che, fino a quel momento, il venditore può rivendicare la macchina in caso di fallimento del compratore (2). Non si confonde in tal modo la consegna coll'assaggio? Può essere convenuto che la macchina sia provata dal compratore, il che rende la vendita sospensiva. La consegna non deve farsi meno, poichè la prova non può aver luogo che alla fabbrica. Tutto dipenderà dal risultato della prova, ma non bisogna applicare alla consegna i principii che reggono l'assaggio. La consegna si farà secondo il diritto comune, perchè non vi ha alcuna ragione di allontanarsi dalle regole della consegna in quanto riguarda le macchine.

N. 3. — Consegna delle cose incorporali.

168. L'art. 1607 dice che « la tradizione dei *diritti incorporali* si eseguisce o colla consegna dei titoli, o coll'uso che ne fa il compratore di consenso del venditore ». Bisogna notare, per i nostri giovani lettori, una singolare negligenza di redazione. Dicendo come si fa la tradizione dei *diritti incorporali* (3), la legge sembra ritenere che vi siano anche diritti corporali. Il diritto è cosa essenzialmente incorporale, di modo che non è che un pleonasmo antigiuridico il parlare di diritti *incorporali*.

La consegna delle cose incorporali non può farsi con una rimessa reale, precisamente perchè sono diritti. Resta la rimessa dei titoli, vale a dire degli atti che constatano i diritti del venditore, o l'esercizio del diritto che il compratore fa col consenso del venditore. Gli è così delle servitù personali, come pure delle servitù reali che consistono nel diritto di fare certi atti sul fondo servente. Quanto alle servitù che consistono, da parte del proprietario del fondo servente, a non fare, non vi è altro modo possibile di consegna che la rimessa dei titoli.

La legge contiene alcune disposizioni speciali sulla consegna dei crediti. Vi ritorneremo trattando della cessione dei diritti (articoli 1689 e 1690).

---

(1) Rigetto, 26 gennaio 1808, 21 giugno 1820, 15 gennaio 1828 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 617).

(2) Caen, 6 giugno 1870 (DALLOZ, 2, 95).

(3) La stessa locuzione si trova nell'intitolazione del capo VIII del nostro titolo.

§ II. — *Dei principii che reggono la consegna.*

N. 1. — Dove e quando deve farsi la consegna.

169. « La consegna della cosa che formò il soggetto della vendita deve farsi nel luogo dove quella esisteva al tempo della vendita stessa, quando non siasi diversamente pattuito » (articolo 1609). È l'applicazione della regola stabilita dall'art. 1247 riguardo al pagamento. Il venditore che consegna paga. Ove deve pagare? Siccome si tratta di un corpo certo e determinato, il pagamento si fa nel luogo in cui era la cosa al tempo della vendita (art. 1247). Se la consegna dovesse farsi altrove, il venditore sarebbe obbligato a trasportare la cosa ove dovrebbe esssere consegnata. Ora, non tocca a lui di sostenere le spese di trasporto, ma al compratore (art. 1593). Il venditore è obbligato soltanto a consegnare. Se la consegna cagiona delle spese, queste stanno a suo carico. Spetta poi al compratore far trasportare la cosa ove vuole averla. Le spese di consegna sono quelle di misurazione e di pesatura. Le spese di trasporto sono quelle d'imballaggio, di carico, del trasporto propriamente detto, e i diritti di dogana e di dazio (1).

170. Quando il venditore deve fare la consegna? Per principio tosto che la vendita è perfetta, a meno che non abbia stipulato un termine. È il diritto comune per l'esecuzione d'ogni obbligazione. Ma il principio viene modificato, in favore del venditore, dall'art. 1612, che è così concepito: « Il venditore non è tenuto a consegnare la cosa, quando il compratore non ne paghi il prezzo, ed il venditore non gli abbia accordata dilazione al pagamento ». Se l'obbligazione del venditore e quella del compratore sono pure e semplici, ciascun d'essi deve adempierla immediatamente, e, siccome l'una è la causa dell'altra, è giusto che siano adempiute simultaneamente.

Se il venditore non ha stipulato alcun termine per la consegna e la convenzione accorda un termine al compratore per il pagamento del prezzo, il venditore non può sospendere la consegna fino al pagamento del prezzo. Le due obbligazioni sono sempre correlative, ma l'una è pura e semplice e l'altra a termine. Il venditore, non avendo alcun termine, deve fare la consegna subito, mentre il compratore, avendo un termine, non deve pagare che quando il termine è scaduto. Per termine intendiamo un termine stipulato nel contratto o risultante dall'uso, dappoichè questo, nella soggetta materia, tien luogo di legge, nel senso che le parti vi si riferiscono (2). Se il compratore avesse

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 362 e nota 11, § 354.
(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 67.

ottenuto un termine di grazia per il pagamento del prezzo, il venditore avrebbe diritto di sospendere la consegna, perchè il compratore che domanda un termine al giudice non adempie la sua obbligazione, e quindi il venditore non è tenuto ad adempiere la propria (1).

Il venditore che non consegna la cosa, perchè il compratore non paga il prezzo, ritiene la cosa come garanzia. È quello che chiamasi diritto di ritenzione. Ecco una garanzia preziosa, specialmente nelle vendite mobiliari. Il compratore è, veramente, proprietario, e può alienare la cosa, ma non può consegnarla, e non può esigere la consegna che pagando il prezzo. Se il venditore ha il diritto di ritenzione, ciò avviene perchè la legge glielo accorda. Esso è senza dubbio fondato sull'equità, ma perchè l'equità abbia effetto in diritto bisogna che la legge la consacri. Ritorneremo sul diritto di ritenzione al titolo dei *Privilegi ed ipoteche*.

171. Il principio che il venditore deve fare la consegna quando ha accordato al compratore un termine per il pagamento del prezzo, mentre egli non ha stipulato alcun termine, subisce alcune eccezioni. Secondo l'art. 1613, il venditore « non è tenuto a fare la consegna, ancorchè avesse accordato una dilazione al pagamento, se dopo la vendita il compratore sia fallito o prossimo al fallimento ». La legge indica il motivo d'equità sul quale questa disposizione è fondata soggiungendo: « in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo ». Se questo pericolo non esiste, i principii riprendono il loro impero. L'art. 1613 dispone, conseguentemente, che il venditore deve fare la consegna se il compratore presti cauzione di pagare nel termine pattuito. Diciamo che l'art. 1613 è fondato sopra un motivo d'equità. La legge lo ha sanzionato in termini generici nell'art. 1188, secondo il quale « il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, quando si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha diminuito le garanzie che aveva date nel contratto al suo creditore ». L'art. 1613 non riproduce la seconda causa di decadenza, ma non è a dirsi per questo che esso deroghi alla regola dell'art. 1188, perchè non fa altro che applicare questa regola, e quindi si devono accogliere tutte le sue disposizioni (2).

L'applicazione dell'art. 1613 ha dato luogo a qualche difficoltà. Secondo il testo e conformemente al principio dell'art. 1188, il compratore non è decaduto dal termine se non quando il fallimento o l'insolvibilità è posteriore alla vendita. Se esistesse al momento della vendita e il venditore ne avesse conoscenza, s'intende che deve consegnare la cosa, poichè ha avuto l'imprudenza d'accordare un termine ad un compratore insolvibile.

---

(1) Rigetto, 22 febbraio 1875 (DALLOZ, 1875, 1, 471).
(2) DUVERGIER, t. I, p. 315, n. 269.

La questione è puramente teorica, perchè dubitiamo assai che accada di trovare un venditore così imprudente. Ma è avvenuto che il venditore abbia accordato un termine al compratore ignorando che questi si trovasse in istato di fallimento o d'insolvibilità. Può egli, in questo caso, rifiutare la consegna? La Corte di Parigi ha giudicato che il venditore non è tenuto a consegnare la cosa, perchè non avrebbe contrattato con un fallito se avesse conosciuto il fallimento (1). L'equità della decisione è evidente, ma non è ugualmente facile motivarla in diritto, a meno che non si supponga che il compratore abbia ingannato il venditore sulla sua solvibilità. Così appunto immagina la maggior parte degli scrittori (2). Duranton invoca l'art. 1276, che permette al creditore di agire contro il debitore che ha liberato in virtù d'una delegazione, quando il delegato era in istato d'insolvibilità al momento della delegazione (3). Si può estendere questa disposizione al caso di vendita? Ci pare dubbio. Il venditore non può sottrarsi alle obbligazioni da lui contratte, salvo che per le cause autorizzate dalla legge. Ora, l'art. 1613 non gli permette di sospendere la consegna per causa d'insolvibilità del compratore che quando il fallimento o l'insolvibilità sono posteriori alla vendita. La legge vuole dunque che sia sopravvenuto un cambiamento nella condizione del compratore. Se lo stato del compratore è rimasto lo stesso, il venditore non può invocare la sua imprudenza per rompere i propri impegni.

Una questione analoga si è presentata davanti la Corte di Lione. Il venditore si rifiutava a fare la consegna, perchè il compratore non presentava alcuna garanzia di solvibilità. Trattavasi di una vendita commerciale. Il tribunale di commercio decise che in materia commerciale l'equità deve anteporsi al diritto, e che era sempre stato ammesso che il venditore può esigere delle garanzie prima di consegnare la merce quando la solvibilità del compratore gli dà serii timori. La Corte d'appello confermò la decisione, ma si guardò bene dal dire che l'equità va anteposta al diritto. Essa si fonda sull'errore prodotto da raggiri fraudolenti. Il compratore s'era presentato e fatto raccomandare come un mercante che esercitava un commercio regolare e che godeva d'un certo credito, mentre non era che un semplice scrivano. Si poteva conchiuderne che il consenso del venditore era stato carpito con raggiri senza dei quali egli non avrebbe contrattato. Per conseguenza, il consenso era viziato e il contratto nullo (4). Così motivata, la decisione è in armonia coll'opinione generale degli scrittori.

(1) Parigi, 22 gennaio 1856 (Dalloz, 1856, 2, 95).
(2) Troplong, p. 177, n. 315. Duvergier, t. I, p. 316, n. 270. Marcadé, t. VI, p. 227, n. II dell'art. 1613.
(3) Duranton, t. XVI, p. 219, n. 204.
(4) Lione, 18 maggio 1864 (Dalloz, 1865, 2, 157).

172. E di giurisprudenza che i timori, anche serii, sulla solvibilità del compratore che gode d'un termine non autorizzano il venditore a rifiutare la consegna. Un tribunale di commercio aveva giustificato il rifiuto del venditore invocando lo spirito della legge e considerazioni d'equità. La sua decisione venne però cassata, e giustamente. La Corte dice che il venditore non può da solo modificare la convenzione sinallagmatica e togliere al compratore il beneficio del termine che ha stipulato. Nella specie, non vi erano state che dicerie false e calunniose, il che prova quanto sia pericoloso allontanarsi dalla legge per motivi d'equità. La legge è evidente, dice la Corte, essa esige un pericolo imminente risultante dallo stato di fallimento o d'insolvibilità (1).

I giudici del fatto, sempre disposti a giudicare equamente, hanno cercato di conciliare l'equità col diritto. È vero, si dice, che vaghi timori sulla solvibilità del compratore non bastano per dispensare il venditore dal fare la consegna. La legge vuole che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo. Essa indica come circostanze che rivelano questo pericolo che il compratore sia fallito o prossimo al fallimento. Ma, secondo lo spirito della legge, bisogna equiparare a queste l'insolvibilità imminente del compratore. Così accadrebbe se, in conseguenza del fallimento d'un terzo, il compratore che ha girato delle tratte emesse dal fallito si trovasse esposto al regresso dei giratarii per somme che eccedono le sue risorse. Queste considerazioni avevano trascinato la Corte d'Algeri. La decisione fu però cassata. La Corte suprema osserva assai ragionevolmente che il pericolo di cui parla l'art. 1613 si manifesta, non in circostanze lasciate all'apprezzamento del giudice, ma in quelle che il legislatore ha determinato in modo preciso negli articoli 1613 e 1188 (2). In sede di rinvio, la Corte di Montpellier si è pronunciata nello stesso senso. Le convenzioni, un volta fatte, tengono luogo di legge per le parti contraenti, e l'art. 1134 dichiara in modo formale che non possono essere revocate se non col loro mutuo consenso, o per le cause autorizzate dalla legge (3).

173. Quali sono i diritti del compratore quando il venditore non fa la consegna? L'art. 1610 risponde alla nostra domanda: « Se il venditore omette di fare la consegna nel tempo fra le parti convenuto, potrà il compratore chiedere, a suo abitrio, la risoluzione del contratto o la immissione nel possesso della cosa

(1) Cassazione, 25 novembre 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 189).

(2) Cassazione, 24 novembre 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 27).

(3) Montpellier, 15 giugno 1870 (DALLOZ, 1871, 2, 95). Nello stesso senso, rigetto, 8 agosto 1870 (DALLOZ, 1871, 1, 331). La Corte di Bruxelles ha giudicato, in senso contrario, che l'art. 1613 e applicabile quando il compratore ha lasciato protestare a suo carico un gran numero di biglietti all'ordine accettati, 24 novembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 36).

venduta, qualora il ritardo non proceda che dal fatto del venditore ». È questa l'applicazione dell'art. 1184, il quale sottintende la condizione risolutiva nei contratti sinallagmatici pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla propria obbligazione. La parte verso la quale l'obbligazione non è stata eseguita ha, in questo caso, la scelta, o di costringere l'altra all'esecuzione della convenzione o di domandarne la risoluzione. La risoluzione deve essere domandata giudizialmente, e può essere accordato al convenuto un termine secondo le circostanze. Tale è la regola generale che l'art. 1610 applica alla vendita. Rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni*, in cui tutte le difficoltà concernenti la condizione risolutiva tacita sono state esaminate.

La Corte di cassazione del Belgio ha giudicato ch'era stata omessa la consegna nel caso seguente. Trattavasi della vendita di tre obbligazioni ferroviarie, pagate in contanti contro rimessa dei titoli. Il compratore viene a sapere che i titoli furono sottratti al vero proprietario il quale aveva prodotto opposizione presso gli uffici della compagnia. Ne risultava che i titoli erano senza valore. Il compratore cita il venditore, affinchè gli consegni titoli regolari o rimborsi il prezzo. Il venditore risponde di non essere tenuto a garanzia finchè il compratore non è evitto. Il tribunale di commercio diede causa vinta al compratore. Sul ricorso, intervenne una sentenza di rigetto, la quale decise che l'azione del compratore non era un regresso in garanzia, ma una domanda di rescissione della vendita fondata sull'omissione della consegna, che la rimessa di titoli senza valore non è una consegna, poichè non mette la cosa venduta in potere e possesso del compratore (1). Non è questo confondere la *consegna* col trasferimento della proprietà? La consegna, in diritto moderno, non è altro che la tradizione materiale, e si compie, quando si tratta di crediti, colla rimessa dei titoli. Ora, questa rimessa aveva avuto luogo. Se il compratore non poteva far valere i suoi titoli, ciò non accadeva perchè il venditore non avesse consegnato la cosa venduta, ma perchè non aveva trasferito la proprietà al compratore. Il compratore poteva dunque agire contro il venditore provando che questi non era proprietario. Egli non era obbligato ad attendere che fosse evitto.

174. Vi ha un punto sul quale siamo in disaccordo coll'opinione generalmente seguita. Al titolo delle *Obbligazioni* abbiamo detto che non occorre una preventiva costituzione in mora per l'azione di risoluzione (v. XVII, n. 132). La giurisprudenza delle Corti del Belgio è in questo senso. In materia di vendita, vi hanno decisioni contrarie pronunciate da alcune Corti di Francia. Si legge in una sentenza dalla Corte di Rennes che per ottenere la risoluzione di un contratto bisogna preventivamente costi-

---

(1) Rigetto, 18 giugno 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 226).

tuire il venditore in mora di consegnare, in conformità all'art. 1139 (1). La Corte non motiva la sua decisione, di modo che non se ne può tenere alcun conto. Un'altra Corte aveva rifiutato di pronunciare la risoluzione, perchè le parti non avevano stipulato che, in mancanza d'esecuzione, la convenzione sarebbe risolta di pien diritto. Era una aperta violazione degli articoli 1610 e 1184. Cassando la sentenza di Lione, la Corte suprema osserva che, se una costituzione in mora è necessaria, può risultare non soltanto da una clausola del contratto, ma anche da una intimazione o altro atto equivalente (2).

175. L'art. 1610 aggiunge una condizione al diritto che accorda al compratore, ed è che il ritardo del venditore proceda unicamente dal fatto suo. Se un caso fortuito gli ha impedito di fare la consegna, non si ammette più la risoluzione. È questa l'applicazione del diritto comune. L'art. 1184 suppone che l'inadempimento dell'obbligazione sia imputabile al debitore. Dottrina e giurisprudenza sono concordi su questo punto (3).

176. L'art. 1610 non dice che il giudice può accordare un termine al venditore per fare la consegna. Tale è la regola generale, poichè l'art. 1184 dà questo diritto al giudice in tutti i casi in cui vi ha luogo alla condizione risolutiva tacita, e l'art. 1610 non è che l'applicazione di questo principio (4). Il giudice può rifiutare di pronunciare la risoluzione? Lo può provvisoriamente, accordando un termine al venditore, ma non lo può definitivamente, poichè la risoluzione deve essere pronunciata, se il venditore non consegna. Il giudice potrebbe anche mantenere la vendita pel motivo che il ritardo non arreca alcun danno al compratore? È molto dubbio. L'azione di risoluzione non è fondata sopra un danno. Il compratore agisce dal momento che il venditore non adempie le sue obbligazioni, e l'art. 1611 suppone che la risoluzione può essere pronunciata senza che vi sia luogo a condannare il venditore ai danni ed interessi. La Corte di cassazione ha però respinto il ricorso diretto contro una sentenza della Corte di Parigi che invocava la mancanza di danno. Essa decide in linea di massima risultare dai combinati articoli 1184 e 1610 come, trattandosi di statuire sopra una domanda di risoluzione d'una convenzione per mancanza d'esecuzione di una parte, i tribunali devono esaminare ed apprezzare i fatti e gli atti costitutivi dell'inesecuzione e le conseguenze ch'essa deve avere, e che d'altronde la legge non ha fissato i limiti entro i quali il giudice deve racchiudersi per il suo apprezzamento; donde segue che questo

---

(1) Rennes, 20 febbraio 1815 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 682, 1.°).
(2) Cassazione, 28 novembre 1843 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 681).
(3) DURANTON, t. XVI, p. 214, n. 198, e tutti gli autori. Rigetto, ottobre 1807 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 682, 1.°) e 7 gennaio 1846 (DALLOZ, 1846, 1, 13).
(4) AUBRY e RAU, t. IV, p. 363, nota 16, § 354.

apprezzamento gli appartiene in modo esclusivo (1). A noi pare che i limiti risultino dalla natura stessa dell'azione di risoluzione. Essa è fondata sulla inesecuzione della convenzione, e quindi sopra una colpa qualsiasi, astrazion fatta dal danno che ne può risultare. La Corte non risponde all'argomento che il ricorso attingeva nell'art. 1611. Perchè vi sia luogo a risoluzione basta che il ritardo non sia giustificato.

177. Quando un caso fortuito impedisce al venditore di fare la consegna, il compratore non può, in massima, domandare la risoluzione della vendita. Dovrà dirsi per questo che il venditore è liberato dall'obbligazione che gli incombe e che il compratore deve nullameno pagare il prezzo? Bisogna distinguere. Se la cosa venduta è un corpo certo e determinato che è venuto a perire, si applica il principio dei rischi. È il compratore che li sopporta. Il venditore rimane liberato colla perdita furtuita (art. 1302), perchè egli ha adempito la sua obbligazione conservando la cosa colle cure d'un buon padre di famiglia (art. 1138). Il compratore, alla sua volta, deve adempiere la propria. Ma se si tratta della vendita di cose indeterminate che il venditore si trova nell'impossibilità di consegnare entro il termine convenuto, il solo effetto del caso fortuito sarà che il compratore non può domandare la risoluzione del contratto. La vendita dunque sussisterà se l'esecuzione è possibile. L'impossibilità di consegnare può non essere che temporanea. È quello che accadde durante l'ultima guerra fra la Germania e la Francia. Essendo stato sospeso il servizio dei trasporti, non poteva più farsi la spedizione delle merci. La Corte di Rennes ha giudicato che questa momentanea impossibilità non impediva che la vendita sussistesse (3).

Questa guerra funesta venne più volte invocata davanti ai tribunali come un caso fortuito. Già abbiamo esposto i principii al titolo delle *Obbligazioni*. Basterà riportare una sentenza della Corte suprema che ne fa giustissima applicazione Un venditore invocava l'assedio di Parigi per dispensarsi dall'adempiere alle sue obbligazioni. La Corte ha invece confermato la sentenza che respingeva la sua domanda. Sta il principio che il debitore risponde dei casi fortuiti quando avvengono mentre egli è in mora o dopo che è in colpa. Ora, nella specie, il giudice del fatto aveva constatato che il venditore avrebbe potuto adempiere la sua obbligazione prima dell'assedio di Parigi. Il caso fortuito gli era dunque imputabile (4).

178. L'art. 1610 applica alla vendita il principio della condi-

---

(1) Rigetto, sezione civile, 15 aprile 1845 (DALLOZ, 1845, 1, 411). Cfr. Lione, 8 giugno 1855 (DALLOZ, 1855, 5, 467).
(2) Cfr. rigetto, 7 gennaio 1846 (DALLOZ, 1846, 1, 13).
(3) Rennes, 9 maggio 1871 (DALLOZ, 1872, 2, 211).
(4) Rigetto, 19 novembre 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 215).

zione risolutiva tacita. Quando la risoluzione per l'inadempimento delle obbligazioni è stipulata nel contratto si chiama patto commissorio. Abbiamo esposto altrove le regole che lo governano. Una sentenza della Corte di Rouen ha fatto l'applicazione di questi principii alla vendita. Era stato convenuto che le merci si sarebbero consegnate entro l'ottavo dì, e che, trascorso questo termine, il compratore non sarebbe stato più obbligato a ricevere la consegna. Il compratore pretese che, la consegna non avendo avuto luogo negli otto giorni, la vendita fosse dichiarata risolta di diritto. Ma era un eccedere i termini della clausola, la quale non faceva che riprodurre la condizione risolutiva quale è formulata negli articoli 1184 e 1610. Si poteva sostenere non occorrere l'intervento del giudice per pronunciare la risoluzione del contratto, poichè il compratore si riservava il diritto di non ricevere la consegna dopo l'ottavo giorno, ma almeno era d'uopo che il compratore manifestasse la volontà di approfittare del patto, perchè egli non aveva rinunciato al diritto di domandare l'esecuzione della vendita. Egli aveva, per conseguenza, due diritti, doveva optare, il che necessita una manifestazione di volontà (1).

179. Il compratore, dice l'art. 1610, può anche domandare l'immissione in possesso. Si suppone che si tratti d'un corpo certo e determinato. Nell'antico diritto vi era controversia sul punto di sapere se il compratore poteva domandare l'immissione in possesso, e se il tribunale poteva ordinarla, occorrendo, coll'uso della forza pubblica. L'art. 1610 elimina la difficoltà che, a dire il vero, non era tale, come già abbiamo osservato trattando degli effetti dell'obbligazione di dare (art. 1136) (2).

180. L'art. 1611 soggiunge che « in tutti i casi, il venditore debb'essere condannato al risarcimento dei danni ed interessi, qualora dalla consegna non fatta nel tempo convenuto risulti un pregiudizio al compratore. « *In tutti i casi,* » vale a dire sia che il compratore chieda la risoluzione, sia che chieda l'esecuzione della vendita. La legge non vuol dunque dire che il compratore ha sempre diritto al risarcimento dei danni ed interessi voltachè prova un pregiudizio; ma richiede ancora che l'inadempimento dell'obbligazione del venditore sia a lui imputabile. Rimandiamo, su questo punto, a quanto abbiam detto al titolo delle *Obbligazioni*. Rimangono applicabili i principii generali, poichè la legge non vi deroga. Essa li mantiene, al contrario, in materia di consegna (art. 1624).

---

(1) Rouen, 23 maggio 1871 (DALLOZ, 1871, 2, 203).
(2) DURANTON, t. XVI, p. 215, n. 199, e tutti gli scrittori

N. 2. — In quale stato dev'essere consegnata la cosa?

181. « La cosa deve consegnarsi nello stato in cui si trova al tempo della vendita » (art. 1614). Tutti gli scrittori censurano questa dicitura che, presa alla lettera, attribuisce alla legge il contrario di ciò che vuol dire. Il venditore deve conservare la cosa colle cure d'un buon padre di famiglia. S'egli adempie questa obbligazione e se tuttavia la cosa si deteriora per un caso fortuito, il venditore è liberato consegnando la cosa nello stato in cui si trova al tempo della tradizione, il che è il contrario di ciò che sembra dire l'art. 1614. I principii non lasciano alcun dubbio su questo punto, poichè è regola che i rischi stanno a carico del compratore (articoli 1138 e 1624) (1). Che cosa vuol dunque dire l'art. 1614? Che il venditore non può cambiare lo stato della cosa venduta, a partire della vendita. Essa non gli appartiene più. Egli è soltanto incaricato di conservarla. Proprietario è il compratore, e quindi egli solo ha diritto di disporne (2).

182. L'art. 1614 soggiunge: « Dal giorno della vendita tutti i frutti spettano al compratore ». Il compratore è proprietario a partire dalla vendita, e sta il principio che i frutti appartengono al proprietario per diritto d'accessione (art. 547). L'articolo 547 non parla che dei frutti naturali e industriali. Lo stesso principio s'applica, in quanto riguarda la vendita, ai frutti civili. Infatti, l'art. 1614 dice che *tutti* i frutti spettano al compratore. Se dunque la cosa è locata, le pigioni od affitti spettano al compratore a partire dalla vendita. Quanto alla questione di sapere se il compratore è vincolato dall'affitto consentito dal venditore, essa è decisa dall'art. 1743. L'esamineremo al titolo della *Locazione*.

Le parti possono derogare all'art. 1614. La deroga può essere tacita o espressa. Vi ha deroga tacita nel caso in cui la consegna non debba farsi che dopo la raccolta dei frutti? Se la clausola è concepita in questi termini, non vi ha dubbio. Il venditore ha voluto riservarsi il raccolto preparato col proprio lavoro, e il prezzo sarà stato determinato in conseguenza. Anche nel caso in cui il venditore stipula semplicemente un termine, l'intenzione delle parti può essere e sarà d'ordinario che i frutti percetti prima della scadenza appartengono al venditore. Infatti, secondo l'art. 1652, il compratore non deve gl'interessi che dal giorno della consegna quando la cosa venduta produce frutti. Se avesse diritto ai frutti percetti prima della consegna, egli godrebbe dei frutti senza che il venditore avesse diritto agli

(1) Mourlon, *Ripetizioni*, t. III, p. 228, nn. 553 e 554.
(2) Duvergier, t. I, p. 318, n. 273.

interessi. Non si può ammettere che tale sia l'intenzione delle parti contraenti, a meno che non l'abbiano espressa (1).

183. « L'obbligo di consegnare la cosa comprende quello di consegnare i suoi accessori, e tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa » (art. 1615). Che s'intende per accessorii della cosa? Grenier, l'oratore del Tribunato, risponde che se la legge non è entrata in dettagli a questo riguardo, ciò avvenne perchè il titolo del codice intitolato *Della distinzione dei beni* spiega quali sono le cose reputate accessorie e quali quelle che si considerano come destinate all'uso perpetuo della cosa principale. Qualunque enumerazione sarebbe stata incompleta e quindi pericolosa. Sarebbe inutile anche il dare delle applicazioni tolte al diritto romano in una materia in cui gli usi hanno sì gran parte (2). Anche i precedenti giudiziarii non servono a nulla, perchè le sentenze non decidono questioni di diritto, ma giudicano in fatto (3), vale a dire secondo l'intenzione delle parti contraenti. Duvergier ne dà un notevole esempio che vogliamo riportare.

184. La vendita d'un opificio comprende la presa d'acqua ed il canale scavato per condurla all'opificio? In teoria, l'affermativa sembra evidente. Come potrebbe funzionare l'opificio se chi l'acquista per valersene non acquistasse anche la presa d'acqua e il canale che ne pare inseparabile? Vi hanno però sulla quistione le decisioni più disparate. Le Corti di Bordeaux e di Tolosa hanno giudicato che la presa d'acqua ed il canale erano accessorii compresi nella vendita. La Corte di Grenoble, al contrario, ha deciso che la vendita non comprendeva nè le acque nè il canale, benchè l'atto portasse che il molino era venduto colle sue pertinenze e dipendenze All'obbiezione che il molino è inutile senz'acqua la Corte risponde, che il mugnaio aveva diritto soltanto alla presa d'acqua necessaria per mettere in attività il suo opificio. Nella specie, l'intenzione del venditore non era dubbia. Avendo bisogno d'acqua per l'irrigazione delle sue terre, egli non aveva certamente inteso vendere delle acque ed un canale che gli erano necessarii (4).

Dopo la pubblicazione dell'opera di Duvergier, nuove sentenze sono intervenute su questa quistione, ma non hanno posto fine all'apparente discrepanza della giurisprudenza. Noi non sosteniamo che le decisioni siano contraddittorie. Tutto dipende dai fatti della causa. È stato giudicato che il venditore conservava la proprietà esclusiva delle sorgenti donde derivavano le acque

---

(1) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 229, n. 555. DURANTON, t. XVI, p. 231, numero 214.

(2) Vedi gli esempi che dà TROPLONG secondo il dirito romano, p. 181, n. 323.

(3) Vedi le sentenze citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 364, nota 19, § 354.

(4) DUVERGIER, t. I, p. 324 e seg., n. 275, e le sentenze che cita.

al molino. La Corte di Grenoble ha giudicato così in base alle circostanze. Il venditore s'era riservata la proprietà d'un fondo vicino, e la situazione di questo fondo al pari di quella del molino attestava che le acque servivano all'irrigazione più che non contribuissero alla forza motrice del molino, di cui non potevano, per conseguenza, essere reputate accessorio (1).

La Corte di Dijon, al contrario, ha giudicato che la vendita d'un molino comprende necessariamente quella del corso d'acqua che mette in movimento le sue ruote e che ne è una parte integrante, poichè, senza il corso d'acqua, l'opificio cesserebbe di funzionare. Essa ha applicato questo stesso principio alle fonti alimentari del corso d'acqua. La decisione ha l'aria d'una sentenza di principio, ma, in realtà, è fondata sulle circostanze della causa. Il venditore, nella specie, non aveva nessun bisogno delle acque e credette bene di disporne a vantaggio d'un terzo, essendo esse necessarie al compratore (2).

185. La vendita d'uno stabilimento commerciale o industriale comprende la clientela e l'avviamento, nel senso che il venditore s'interdice il diritto di far concorrenza al compratore fondando un nuovo stabilimento che toglierà al compratore una parte almeno della clientela sulla quale contava? L'equità sembra militare pel compratore. Anche i tribunali di commercio, che s'inspirano sopratutto all'equità, si pronunciano quasi sempre contro il venditore. Le Corti d'appello sono divise, senza che si possa dire che le loro decisioni siano contraddittorie. Esse giudicano secondo le circostanze del fatto. Si domanda se debbasi applicare al venditore il principio che si segue in generale pei soci. In fatto e di fronte all'equità, fra il commerciante che cede il suo stabilimento e il socio che si separa dai suoi consoci e fonda una nuova casa vi ha un divario notevole. L'ultimo gode, in generale, d'una maggiore libertà che non il primo. La sentenza della Corte di cassazione, che sembra decidere la questione in favore del venditore, intervenne nel caso di una società. Ma, se ben si consideri, si vede che il fatto ha esercitato un'influenza sulla decisione della Corte. La Corte di Parigi aveva giudicato, in fatto, che l'atto intervenuto fra i soci era una liquidazione pura e semplice *a forfait* e a titolo di transazione, ch'esso non conteneva alcuna clausola dalla quale si potesse indurre che il socio che si separava dalla società intendesse interdirsi la facoltà di fondare una nuova birraria. La Corte ne conchiuse che il socio riprendeva la pienezza de' suoi diritti, salvo le obbligazioni che gl'imponeva la buona fede a riguardo de' suoi antichi consoci. Ora, non si allegava alcun fatto di concorrenza sleale allo scopo di distogliere la clientela o di

---

(1) Grenoble, 29 novembre 1843 (DALLOZ, 1845, 2, 10).
(2) Dijon, 31 luglio 1868 (DALLOZ, 1868, 2, 105).

creare una confusione fra stabilimenti esercitanti la medesima industria. La Corte suprema si è limitata a riprodurre queste considerazioni di fatto. Si avrebbe torto d'indurne un principio: non si tratta che di una sentenza di specie (1).

Sarebbe perfettamente inutile analizzare le numerose sentenze pronunciate in questa materia (2). Il principio di diritto non è contestato da nessuno. Esso venne nettamente formulato dalla Corte d'Angers. La libertà commerciale è di diritto pubblico, e non possono esservi apportate altre restrizioni all'infuori di quelle che risultano dalla legge o dalle convenzioni. Anche la restrizione non deve essere un'interdizione assoluta, come abbiamo detto al titolo delle *Obbligazioni*. La difficoltà si riduce dunque a questo. Vi ha una convenzione che interdica all'alienante di fondare uno stabilimento analogo a quello che vende? Citeremo, come applicazione, una sentenza della Corte di Lione molto ben motivata. In tesi generale, dice la Corte, il socio che vende il fondo di commercio comune al suo consocio coll'avviamento e la clientela, e dietro attribuzione di un determinato prezzo a questo avviamento e a questa clientela, è tenuto a garantire al compratore il godimento del fondo venduto. Egli non può dunque impiantare in vicinanza allo stabilimento venduto uno stabilimento rivale. La Corte constata che, nella specie, tale era la comune intenzione delle parti contraenti. Ecco il punto essenziale. Esso è lasciato all'apprezzamento dei giudici del fatto (3).

186. La vendita comprende non solo gli accessorii propriamente detti, come sono enumerati al titolo *Della distinzione dei beni*, ma il venditore cede al compratore tutti i diritti che si riferiscono alla cosa venduta. Vedremo un'applicazione di questo principio trattando della garantia. Se il venditore ha un regresso in garantia contro l'architetto in forza dell'art. 1792, trasferisce questo diritto al compratore. Ciò venne contestato in un caso in cui il contratto di vendita interdiceva al compratore ogni azione in garantia contro il venditore. Questa clausola non concerneva che la garantia ordinaria per causa d'evizione o di vizii redibitorii. Essa era estranea ai diritti che il venditore ha contro terzi relativamente alla cosa venduta. Questi diritti sono compresi nella vendita per ciò soltanto che non ne sono esclusi (4).

---

(1) Rigetto, 5 febbraio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 440).

(2) Vedi le citazioni nella *Raccolta* di DALLOZ, 1850, 2, 51, nota, e 1867, 2, 217, nota 2. Bisogna aggiungere Bordeaux, 6 giugno 1873 (DALLOZ, 1874, 2, 80).

(3) Lione, 25 maggio 1872 (DALLOZ, 1872, 2, 211).

(4) Rennes, 9 aprile 1870 (DALLOZ, 1872, 2, 110).

N. 3. — Della consegna della cosa in tutta la quantità stipulata.

187. « Il venditore è tenuto alla consegna della cosa in tutta la quantità stipulata nel contratto, sotto le modificazioni che seguono » (art. 1616). Quando il contratto indica la quantità, va da sè che il venditore deve somministrarla, poichè il prezzo sarà calcolato secondo la quantità. Il venditore non ha dunque diritto al prezzo che a condizione di consegnare tutta la quantità. Ma può darsi che la quantità non sia indicata nell'atto. I fondi sono sovente venduti senza indicazione della loro quantità. Vengono designati dal luogo in cui sono posti e dai confini. In questo caso, non può parlarsi di una obbligazione di quantità. Il fondo è venduto in blocco, e si ritiene che le parti ne abbiano una esatta conoscenza. Anche se la quantità fosse maggiore o minore di quel che le parti od una di esse credevano, questa differenza non darebbe luogo ad azione, poichè le parti non vi ebbero alcun riguardo contrattando (1).

188. Le modificazioni di cui parla l'art. 1616 non concernono che la vendita degli immobili. Quanto agli effetti mobiliari, il principio applica senza modificazione alcuno quando la vendita ha luogo a numero, peso o misura. Il venditore deve dare esattamente ciò che ha promesso, e il prezzo sarà in proporzione matematica di ciò che è stato venduto. Non può dunque presentarsi alcuna difficoltà di diritto. Tutto dipende dalla numerazione, dalla pesatura e dalla misurazione (2).

Non così delle vendite immobiliari. Non si possono misurare gli immobili colla precisione matematica che presenta la misurazione dei mobili. Ne consegue che non si può dare all'espressione della quantità degli immobili la stessa importanza che nelle vendite mobiliari. È un press'a poco, un'indicazione approssimativa, di cui le parti non tengono conto nel determinare il prezzo. La loro intenzione tuttavia può essere di proporzionare esattamente il prezzo alla quantità. Abbiamo qui una questione di interpretazione di volontà che potrebbe presentare gravi difficoltà. Il codice le risolve dichiarando la volontà delle parti contraenti, quando non manifestino una volontà diversa. È il diritto comune in materia di contratti. Il codice distingue se la vendita è stata fatta coll'indicazione della quantità soggiungendo *in ragione d'un tanto* per ogni misura, o se, pur indicando la quantità, le parti non hanno soggiunto che la vendita si faceva *a un tanto per ogni misura.*

---

(1) Duranton, t. XVI, p. 238, n. 220. Duvergier, t. I, p. 341, n. 281.
(2) Troplong, p. 185, n. 325.

1. — *Prima ipotesi*: Vendita a un tanto per ogni misura.

189. « Se la vendita d'uno stabile è stata fatta coll'indicazione della quantità, in ragione di un tanto per ogni misura, il venditore è obbligato di consegnare al compratore, se lo esige, la quantità indicata nel contratto » (art. 1617). L'ipotesi prevista dalla legge è questa. Bisogna anzitutto che la vendita abbia per oggetto un immobile determinato. Se il venditore promette cento ettari di un fondo, non si è più nel caso dell'art. 1617. Non può esservi errore nella quantità di un fondo, quando non si vende un fondo. La vendita cade sopra una quantità, come nella vendita di tanti ettolitri di frumento. Basterà fare una misurazione. La quantità del prezzo sarà in ragione della quantità della misura, poichè si suppone che il prezzo sia fissato per misura. Occorre, in secondo luogo, l'indicazione della quantità, altrimenti vi sarebbe vendita in blocco, il che esclude ogni errore sulla misura, poichè la misura non sarà stata presa in considerazione dalle parti contraenti. Infine, occorre che sia indicato il prezzo totale. Se la convenzione dispone soltanto che il fondo della misura di un certo numero di ettari è venduto a un tanto l'ettaro, ne risulterà ancora che non è possibile alcun errore, perchè il compratore non si obbliga a pagare che il numero di misure che si troveranno nel fondo e che gli saranno consegnate (1).

190. Perchè vi sia difficoltà, occorre si riscontri un errore nel prezzo. L'errore può derivare dall'esservi una quantità di misure minore di quella portata dal contratto. Può darsi anche che si trovi una quantità maggiore di quella espressa nel contratto. L'art. 1617 prevede la prima ipotesi: esso dà al compratore il diritto d'esigere che il venditore gli consegni la quantità indicata nell'atto. È questa l'applicazione del principio dell'art. 1616. Ma il principio subisce delle modificazioni. Può darsi che il compratore non esiga che il *deficit* sia colmato, può darsi anche che il venditore non possa fornire quello che manca. Quale sarà allora la condizione delle parti? L'art. 1617 risponde che il venditore è obbligato a soggiacere ad una proporzionata diminuzione del prezzo. Su questo punto non vi era dubbio. Il prezzo è pagato in ragione della misura, e quindi tante misure tanto prezzo. Se il prezzo è di mille lire all'ettaro e si trova un deficit di due ettari sulla quantità indicata, il prezzo sarà diminuito di duemila lire. Il venditore non può reclamare nè ritenere il prezzo d'una cosa che non consegna. Il compratore, nella specie, ha pagato senza causa le duemila lire che ripete contro il venditore, perchè le ha pagate per due ettari di terreno che non gli sono stati forniti.

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 76, n. 56 *bis*.

191. Si presenta una questione che la legge non risolve. Se il compratore esige che il venditore gli consegni la quantità indicata nel contratto e la cosa non sia possibile al venditore ne risulta che questi non adempie la sua obbligazione. Il compratore può prevalersene per domandare la risoluzione della vendita? Secondo il principio della condizione risolutiva tacita, il compratore avrebbe il diritto di chiedere la risoluzione. La questione sta nel sapere se l'art. 1617 non deroga a questo principio. L'opinione generale è che il compratore non ha l'azione di risoluzione per difetto di quantità. È questa una delle modificazioni al rigore dei principii previste dall'art. 1616. Quando la legge vuol dare al compratore l'azione di risoluzione, lo dice. L'art. 1618 gliela accorda quando vi ha un'eccedenza di quantità. Il silenzio dell'art. 1617 è dunque decisivo. Esso prevede il caso che il compratore esiga un supplemento che il venditore non può fornirgli, e non dà che un solo diritto al compratore, quello di domandare una diminuzione di prezzo. Esso esclude dunque l'azione di risoluzione. Ciò che conferma questa interpretazione si è ch'essa è stata data da Grenier nel suo discorso al Corpo legislativo. L'oratore del Tribunato spiega il motivo della differenza che la legge stabilisce fra l'ipotesi del deficit e quella dell'eccedenza di quantità. Si noterà, egli dice, una differenza fra la circostanza dell'eccedenza della quantità e quella del deficit, cioè che, per la prima, l'acquirente può recedere dal contratto, mentre a riguardo della seconda questa facoltà non gli è concessa. La ragione si è che, quando vi ha una minore estensione, si presume sempre che l'acquirente abbia voluto acquistarla. È incontestabile ch'egli ne ha i mezzi, poichè aveva voluto acquistarne una maggiore. Invece, quando vi ha eccedenza di quantità, costringendo l'acquirente a pagare il supplemento del prezzo, lo si obbligherebbe a comperare più di quello che egli avrebbe voluto e che forse non potrebbe pagare » (1).

Tutti gli scrittori, ad eccezione di Troplong, ammettono un'eccezione a questa decisione. Se la legge non permette al compratore di chiedere la risoluzione del contratto, è perchè suppone ch'egli avrebbe comperato quand'anche avesse saputo che la quantità era minore. È una presunzione che può essere inesatta. Se l'immobile è stato comperato per una data destinazione, alla quale si trova improprio per deficit di quantità, per esempio per costruire un opificio che deve avere una data dimensione, il principio dell'art. 1184 deve riprendere il suo impero, perchè la deroga che vi apporta l'art. 1617 non ha più ragion d'essere (2). Crediamo inutile insistere, perchè la questione non ci pare dubbia.

---

(1) GRENIER, *Discorsi*, n. 21 (LOCRÉ, t. VII, p. 111), e tutti gli autori.

(2) DURANTON, t. XVI, p. 239, n. 223. In senso contrario, TROPLONG, p. 191, numero 330. MARCADÉ risponde a TROPLONG, t. VI, p. 235, n. II dell'art. 1617.

192. La quantità è maggiore di quella espressa nel contratto. Quale sarà, in tal caso, il diritto del compratore? Secondo il diritto comune, egli potrebbe rifiutare l'eccedenza di quantità, perchè il debitore deve dare ciò che ha promesso, nè più nè meno. L'art. 1618 non concede questo diritto al compratore. È dunque ancora una delle modificazioni che prevede l'art. 1616. Il legislatore cerca di prevenire la risoluzione dei contratti, perchè turba sempre le relazioni civili. Esso tenta di conciliare gl'interessi delle due parti contraenti. Quando l'eccedenza è poco considerevole la vendita è mantenuta. Vedremo più avanti se il compratore debba, in questo caso, un supplemento di prezzo. Quando l'eccedenza oltrepassa la vigesima parte della quantità dichiarata, l'acquirente può domandare la risoluzione della vendita. Grenier ce ne ha detto la ragione (n. 191). Il compratore può anche mantenere la vendita corrispondendo il supplemento del prezzo. Egli deve pagare il supplemento del prezzo, perchè il prezzo era stato fissato in ragione di un numero di misure che si trova essere più considerevole. Egli non può acquistare la proprietà dell'eccedenza senza pagarla, poichè diverrebbe proprietario senza causa e il venditore sarebbe debitore senza causa.

Deve egli pagare il supplemento del prezzo anche quando l'eccedenza non è della vigesima parte? L'opinione generale è che il compratore vi sia tenuto. Essa si fonda sulla clausola del contratto la quale dispone che il fondo contiene tante misure e che la vendita si fa a un tanto per misura. Questa clausola significa che il prezzo deve essere proporzionato al numero delle misure. L'art. 1617 applica il principio al caso di deficit, ma bisogna estenderlo anche al caso d'eccedenza, perchè vi ha lo stesso motivo di decidere. L'articolo 1617 conferma questa interpretazione. Quando la vendita non fu convenuta a un tanto la misura, sebbene siasi indicata la quantità, non si fa luogo ad aumento od a diminuzione del prezzo se non quando la differenza della misura reale in confronto di quella indicata nel contratto è d'una vigesima parte in più o in meno. Di qui si deve conchiudere che ogni differenza è presa in considerazione quando la vendita è fatta in ragione di un tanto ogni misura, perchè, in questo caso, tanto è il prezzo quante sono le misure.

Vi ha però un motivo di dubitare, ed è il silenzio dell'art. 1618. Ci può opporre la nostra regola d'interpretazione, secondo cui le parti non hanno altri diritti che quelli che la legge loro accorda: donde segue che bisogna stare al testo, e il testo non dice che il venditore abbia diritto al supplemento del prezzo. Rispondiamo che vi ha un testo favorevole al venditore, la regola generale dell'art. 1616. Essa rimane applicabile, salvo le modificazioni che la legge vi apporta. Ora, gli articoli 1617, 1618 e 1619 combinati provano che ogni differenza tra la quantità reale e la quantità indicata nel contratto fa sorgere una differenza nel

prezzo. La legge non tien conto dell'ammontare della differenza che quando si tratta di sapere se il compratore può chiedere la risoluzione (1). È vero che Faure afferma il contrario nella sua relazione al Tribunato, ma egli non suffraga la sua opinione con alcun motivo; il che le toglie ogni autorità in presenza dei testi e dei principii da noi invocati (2).

II. — *Seconda ipotesi.* Vendita senza la clausola di un tanto per misura.

193. L'art. 1619 regola questa ipotesi come segue: « In tutti gli altri casi, sia che la vendita venga fatta di un corpo determinato e limitato, sia che riguardi fondi distinti e separati, sia che incominci dalla misura, oppure dall'indicazione del corpo venduto susseguita dalla misura, l'espressione di questa misura non lascia luogo ad alcun supplemento di prezzo in favore del venditore per l'eccedenza della medesima, e nemmeno vi è luogo ad alcuna diminuzione di prezzo in favore del compratore per la misura minore, salvo che la differenza della misura reale in confronto di quella indicata nel contratto sia di una vigesima parte in più o in meno ».

Le distinzioni che il codice respinge, in principio dell'art. 1619, si riferiscono all'antico diritto, e non hanno più che un interesse storico. Se vi ha un lettore curioso di conoscere queste vane sottigliezze, lo rimandiamo a Troplong (3). Vi ha un'unica distinzione fondata sulla natura delle cose, la distinzione fra la vendita fatta in ragione di un tanto la misura e quella che non lo è. Quando la quantità si trova indicata, senza che sia detto che la vendita è fatta in ragione di un tanto la misura, la legge suppone che le parti non abbiano attribuita importanza all'espressione della quantità. Infatti, il prezzo venne stipulato in blocco, di modo che le parti non hanno inteso stabilire alcuna relazione fra il prezzo e la quantità indicata nell'atto: il prezzo non deve quindi essere modificato, la vendita resta una vendita in blocco. Però l'espressione della quantità esercita un'influenza quando il divario è di un ventesimo. È questa, senza dubbio, una cifra arbitraria, ma la legge ha dovuto fissarne una per stabilire il limite tra la vendita in blocco e la vendita assimilata a quella in cui il prezzo varia secondo la

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 239, n. 224. AUBRY e RAU, t. IV, p. 365, nota 23, § 354. TROPLONG, p. 195, n. 336. DUVERGIER, t. I, p. 345, n. 285. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 77, § 51 *bis*. In senso contrario, MARCADÉ, t. VI, p. 232, n. I dell'articolo 1618.

(2) FAURE, *Relazione*, n. 26 (LOCRÉ, t. VII, p. 94).

(3) TROPLONG, p. 195, nn. 338 e 339, e gli autori antichi citati da DUVERGIER, t. I, p. 350, nota 2.

misura. Quando la differenza in più o in meno è considerevole non si può più ammettere che il venditore voglia consegnare una parte del terreno venduto senza prezzo, nè che il compratore voglia pagare un prezzo per un terreno che non riceve. Tale non è certamente l'intenzione delle parti. Esse si sono ingannate e il loro errore deve essere riparato. Ciò è conforme alla natura della vendita, contratto commutativo, nel quale ciascuna delle parti mira ad ottenere l'equivalente della prestazione che fa da parte sua (1) (art. 1104).

La differenza di un ventesimo ha anche un'altra conseguenza. L'art. 1520 dispone: « Nel caso in cui, secondo il precedente articolo, vi è luogo all'accrescimento di prezzo per eccedenza di misura, il compratore ha la scelta, o di recedere dal contratto, o di supplire il prezzo, e ciò cogl'interessi, se ha ritenuto lo stabile ». La legge dice che il compratore può recedere dal contratto. È, in realtà, un'azione di risoluzione fondata sugli articoli 1616 e 1184. Bisogna dunque applicare alla seconda ipotesi quanto abbiamo detto circa il diritto di risoluzione nella prima (n. 191), ed anche gli effetti sono identici. Però vi ha una differenza nei testi. L'art. 1620 obbliga l'acquirente a corrispondere gli interessi del supplemento del prezzo che paga al venditore quando vuol conservare lo stabile, il che è giustissimo, poichè egli ha avuto il godimento d'una parte dello stabile di cui non aveva pagato il prezzo. Ora, è di massima che il compratore paga gli interessi del prezzo quando gode dei frutti (art. 1652). L'art. 1618 non dice che, nel caso ivi preveduto, il compratore che opta pel mantenimento della vendita, mediante un supplemento di prezzo, debba pagare gli interessi di questo supplemento. È certo però che l'obbligazione del compratore è identica in entrambi i casi in cui deve pagare un supplemento di prezzo. I casi sono uguali, e quindi vi ha la stessa ragione di decidere. D'altronde l'art. 1652 basterebbe per risolvere la questione in questo senso (2).

194. L'art. 1619 dice, infine, che la differenza d'una vigesima parte fra la misura reale in confronto di quella indicata nel contratto si determina « avuto riguardo al valore della totalità delle cose vendute ». Nell'art. 1618, la legge dice: « Se l'eccedenza oltrepassa la vigesima parte della *quantità dichiarata* ». Pare dunque che la legge faccia una distinzione fra le due ipotesi e non abbia riguardo, nell'art. 1618, che alla differenza di *quantità*, mentre, nell'art. 1619, prende in considerazione la differenza di *valore*. Ma la distinzione non è che apparente. L'articolo 1618 suppone la vendita di un unico fondo. Ora, le varie parti di uno stesso fondo hanno ugual valore. Dunque nel caso di questo articolo, non può essere questione che d'una

(1) DUVERGIER, t. I, p. 388, n. 248.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 79, n. 53 *bis*.

differenza di *quantità*. L'art. 1619, al contrario, prevede non solo il caso di vendita di un corpo certo e determinato, ma anche la vendita di fondi distinti e separati. Nel primo caso, si applica l'art. 1618, poichè le ipotesi sono identiche. Nel secondo, si tien conto della differenza di valore che possono avere i varii fondi. Sarebbe lo stesso se le diverse parti di un medesimo fondo fossero state indicate separatamente colla loro quantità, e se queste parti fossero di varia natura e valore. Si tien conto allora della differenza di valore, perchè è questa differenza che interessa sopratutto le parti. Nell'atto di vendita di una masseria, trovasi indicata separatamente la quantità degli edifizi, poi quella delle terre coltivabili, dei prati, delle brughiere, dei boschi. Vi sono in tutto 20 ettari, e il prezzo totale è di centomila lire. Si trova, nella quantità delle brughiere, un deficit di due ettari. Ecco una differenza maggiore di un ventesimo se non si ha riguardo che alla quantità totale, ma minore se si ha riguardo al valore delle brughiere, l'ettaro delle quali, supponiamo, non vale che cinquecento lire. In valore, non vi ha dunque che una differenza di mille lire su centomila. Non vi sarà luogo a diminuzione del prezzo, perchè le parti, non vendendo a un tanto la misura, non hanno tenuto conto, nel sistema della legge, d'una differenza minore di un ventesimo. Così pure, se si trattasse di una eccedenza di mille lire, perchè vi fossero due ettari di brughiere più di quelli indicati nel contratto, questa differenza in quantità sarebbe maggiore di un ventesimo, ma non costituirebbe una differenza in valore di un ventesimo e, per conseguenza, non vi sarebbe luogo ad aumento del prezzo nè a risoluzione.

Abbiamo supposto che la quantità delle varie parti sia stata indicata separatamente. Ma se la masseria è venduta coll'indicazione della quantità totale, senza che si trovi indicata la quantità particolare di ciascuna delle parti, vi sarà luogo, in questo caso, a calcolare il deficit o l'eccedenza secondo il valore, o non si avrà riguardo che alla quantità? Si insegna generalmente che, in questa ipotesi, non si tien conto del valore. Si calcolerà secondo la differenza di quantità, e la differenza di valore sarà considerata come esistente per ciò solo che esisterà la differenza di quantità (1). Ma a noi par dubbio. La distinzione non si trova nel testo dell'art 1619. Essa dovrebbe dunque risultare dall'intenzione delle parti contraenti. Si può presumere che la loro intenzione sia di non tenere alcun conto della differenza di valore fra le varie parti della cosa venduta per ciò solo che non hanno indicato la quantità di queste parti, e non facciano alcuna differenza fra un ettaro di brughiere e uno di praterie? No, certo. Potranno esservi difficoltà di fatto per il calcolo della

(1) DUVERGIER, t. I, p. 353, nn. 292 e 293. AUBRY e RAU, t. IV, p. 365, note 25, e 26, § 354.

quantità delle diverse parti del fondo, ma queste difficoltà non possono influire sul diritto delle parti (1).

195. L'art. 1619 suppone che un medesimo fondo, una masseria, comprenda parti di varia natura e valore. Può darsi anche che due o più fondi, che non formano una medesima coltivazione, siano venduti insieme nello stesso contratto, coll'indicazione della misura di ciascuno. Si applicherà, in questo caso, l'art. 1619? Vale a dire si considereranno i vari fondi come un solo corpo di beni, e si calcolerà la differenza di un ventesimo su tutti i beni? Ovvero ciascun fondo sarà considerato come formante l'obbietto d'una vendita distinta? L'art. 1623 prevede l'ipotesi e la decide in questi termini: « Se si sono venduti due fondi collo stesso contratto, e per un solo e medesimo prezzo coll'indicazione della misura di ciascuno di essi, quando si trovi che la quantità sia minore nell'uno e maggiore nell'altro, se ne fa la compensazione fino alla debita concorrenza, e l'azione tanto pel supplemento che per la diminuzione del prezzo non ha luogo se non in conformità delle regole superiormente stabilite ».

Questo articolo stabilisce in principio che, sotto le condizioni in esso determinate, la vendita di due fondi distinti è considerata come la vendita di un sol corpo di beni; indi applica il principio ad una difficoltà particolare. Dobbiamo dunque vedere qual sia il principio e quali conseguenze ne derivino. Occorre anzitutto che i due fondi siano venduti collo stesso contratto. Se sono venduti con contratti diversi, vi saranno tante vendite quanti sono i fondi, e, per conseguenza, si applicheranno a ciascuna di queste vendite i principii stabiliti dagli articoli 1617 a 1619. Se due fondi sono venduti con uno stesso contratto, ciò indica l'intenzione delle parti di considerare questi fondi come un sol corpo di beni, ma, perchè sia così, occorre inoltre che i fondi siano stati venduti per un unico prezzo (2). Il prezzo è un elemento essenziale della vendita. Due prezzi presuppongono due vendite. Se dunque sono venduti con uno stesso contratto due fondi per diversi prezzi, vi saranno due vendite distinte, sebbene siano fatte contemporaneamente e risultino da un solo atto. L'unità dell'atto non importa l'unità del contratto, perchè avviene tutti i giorni che contratti diversi si facciano nello stesso tempo e siano constatati da un medesimo atto. Ma se, oltre l'unità dell'atto, vi ha unità del prezzo, non vi sarà che una vendita sola. Poca importa il numero dei fondi. La legge suppone che ve ne siano due. È un esempio. Il principio sarebbe lo stesso se ve ne fossero tre o quattro. È cosa evidente.

Poichè la vendita di diversi fondi non costituisce che una

---

(1) Cfr. Marcadé, t. VI, p. 238, n. II dell'art. 1622.
(2) Faure, *Relazione al Tribunato*, n. 26 (Locré, t. VII, p. 94 e seg.).

unica vendita, quali ne saranno le conseguenze? Si applicheranno a questa vendita i principii generali che reggono la quantità, vale a dire si distinguerà se, la vendita essendo fatta coll'indicazione della quantità, le parti hanno aggiunto *in ragione di un tanto la misura,* e si applicheranno gli articoli 1617 e 1618; o se le parti non hanno aggiunto la clausola *in ragione di un tanto la misura,* e si applicherà allora l'art. 1619. L'art. 1623 prevede quest'ultima ipotesi, ma essa non esclude l'altra, dal momento che si ammette il principio dell'unità della vendita. Supponiamo, come fa la legge, che le parti abbiano indicato la quantità dei diversi fondi, senza dire che la vendita è fatta a un tanto la misura. Se vi ha un deficit nell'uno dei fondi e un'eccedenza nell'altro, come si procederà? L'art. 1623 decide che si farà compensazione fino alla debita concorrenza. Ciò suppone che i due fondi siano della stessa natura e valore. Allora si compenseranno le misure, e se rimane una differenza in più o in meno, di un ventesimo, si applicheranno gli articoli 1619 e 1620. Ma se i fondi sono di natura diversa, l'uno in terre coltivabili, l'altro in brughiere, si farà ancora la compensazione, però tenendo conto della differenza di natura e valore. Non si può compensare un ettaro di brughiere con uno di praterie. L'eccedenza di valore che si trova nell'uno dei fondi per l'eccedenza di quantità sarà compensata col deficit di valore che si trova nell'altro in conseguenza della quantità minore, e se, dopo la compensazione, resta una differenza di valore, in più o in meno, di un ventesimo, si applicano le disposizioni degli articoli 1619 e 1620.

Il caso previsto dall'art. 1623 è una difficoltà particolare, alla quale la legge applica il principio dell'unità della vendita. È sottinteso che il principio resta applicabile anche quando non vi fosse luogo a compensazione, se, per esempio, vi fosse deficit o eccedenza nell'uno dei fondi, senza che vi fosse eccedenza o deficit nell'altro, o se vi fosse sia deficit, sia eccedenza in entrambi i fondi. Il principio dell'unità della vendita sarebbe sempre applicabile, conformemente agli articoli 1619 e 1620 (1).

196. Rimane ancora una difficoltà d'interpretazione. La vendita nell'indicazione della quantità produce effetti diversi, secondo che il contratto reca la clausola « in ragione di un tanto la misura », ovvero le parti non hanno aggiunto questa clausola. Nel primo caso, il prezzo è esattamente in proporzione col numero delle misure, mentre, nel secondo, non si tien conto della differenza fra la misura reale e la misura indicata nel contratto che quando eccede un ventesimo. Importa dunque molto sapere se la vendita è fatta o meno in ragione di un tanto la misura. Le parti non sono obbligate a servirsi delle espressioni della legge, poichè

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 365, § 354. MARCADÉ, t. VI, p. 243, nn. I e II dell'art. 1623.

non vi sono termini sacramentali. Se si valgono di altre espressioni, può esservi dubbio sulla loro intenzione. Il giudice apprezzerà. È una questione di fatto, come tutte le questioni d'intenzione. L'apprezzamento dei giudici del fatto è dunque sovrano. Così ha giudicato la Corte di cassazione del Belgio (1).

197. Non vi ha alcuna differenza fra la vendita dell'art. 1618 e quella dell'art. 1619, in quanto concerne il diritto che spetta al compratore di domandare la risoluzione della vendita. Porti il contratto o non porti la clausola ***in ragione di un tanto la misura***, il compratore non ha l'azione di risoluzione che quando l'eccedenza supera di un ventesimo la quantità dichiarata. Egli non l'ha, per principio, in caso di deficit, salvo l'eccezione che la dottrina ammette pel caso in cui i fondi acquistati abbiano una destinazione speciale (n. 191). Questa eccezione deve essere ammessa anche nella vendita dell'art. 1619, perchè vi ha la stessa ragione di decidere.

L'art. 1621 contiene una disposizione generale applicabile a tutti i casi in cui il compratore ha diritto di recedere dal contratto. S'egli domanda la risoluzione, il venditore è tenuto a restituirgli, oltre il prezzo, se lo ha ricevuto, le spese del contratto. Sarebbe più esatto dire che le parti sono rimesse nella condizione in cui erano prima d'aver contrattato. È questo l'effetto della condizione risolutiva (art. 1183). Ora, il recesso del compratore non è altro che la condizione risolutiva tacita dell'art. 1184. Secondo questa opinione, il compratore deve restituire i frutti che ha percetti e il venditore deve restituire il prezzo e gli interessi. Secondo l'opinione contraria, si dice che i frutti si compensano cogli interessi (2). Ne risulta una ineguaglianza fra le parti. Dovendo l'azione essere intentata entro l'anno, può darsi che il compratore non abbia percetto alcun frutto, come può anche avvenire che abbia percetto i frutti d'un fondo avente una quantità maggiore di quella per la quale è stato stipulato il prezzo. In entrambe le ipotesi, vi sarebbe diseguaglianza, senza che si possa giustificarla con un principio di diritto. S'invoca il testo dell'art. 1621, il quale non parla della restituzione dei frutti e degli interessi. L'argomento ha poco valore, poichè è fondato sul silenzio della legge, e il silenzio della legge non basta per indurne una deroga ai principii

---

(1) Rigetto, 4 agosto 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 1, 445).
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 80, n. 54 *bis*.

III. — Disposizioni generali.

198. Le regole sulla quantità si applicano alle vendite forzate? La giurisprudenza si è pronunciata per l'affermativa, nè vi scorgiamo alcun serio motivo di dubbio. Infatti, queste regole procedono dalla natura della vendita. Il compratore ha diritto alla quantità indicata nel contratto, ma non ha diritto che a questa quantità. In caso di deficit o d'eccedenza, deve dunque esservi diminuzione o aumento di prezzo, a meno che l'intenzione delle parti non sia stata di proporzionare il prezzo alla quantità dichiarata nel contratto. Il codice stabilisce, a questo riguardo, delle regole che sono generali per loro natura. Occorrerebbe un'eccezione scritta nella legge per ammettere una deroga quando la vendita si fa per espropriazione. Troplong obbietta che, in questa sorta di vendita, non è il proprietario che vende, ma l'autorità giudiziaria sostituisce il venditore. L'idea è molto strana. La vendita non è una traslazione di proprietà? E chi può trasferire la proprietà se non il venditore? Non è esatto dire che l'autorità giudiziaria tien luogo del venditore, essa fa le veci del notaio col ministero del quale si procede alla vendita, e che certamente non vende. Crediamo inutile insistere (1).

199. Le parti possono derogare alle regole sulla quantità? Non vi ha dubbio. L'art. 1619 dice nell'ultima parte: « Quando non vi sia stipulazione in contrario ». Gli è lo stesso nei casi previsti dagli articoli 1617, 1618 e 1623. È il diritto comune in materia di contratti. Quale è la portata di queste derogazioni? Tutto dipende dall'intenzione delle parti contraenti. È impossibile decidere *a priori* che una certa formola adoperata da chi ha steso l'atto avrà determinati effetti. Gli autori l'hanno però tentato, ma non sono riusciti che ad opinioni contradditorie. Anche la giurisprudenza consacra decisioni che sembrano contraddirsi. Noi non intendiamo rimproverarle queste apparenti inconseguenze. Il giudice decide secondo le circostanze della causa, e queste variano da un caso all'altro. Crediamo inutile discutere la dottrina e la giurisprudenza. Qualche esempio che togliamo alle sentenze ed agli scrittori proverà quanto queste discussioni siano oziose.

Qual'è l'effetto della clausola che « le parti si faranno ragione del più o del meno che possa verificarsi nella quantità? ». Si suppone che la clausola sia inserita in una vendita a misura. La Corte di Bordeaux ha giudicato che l'acquirente rinunciava con ciò al diritto che la legge gli accorda di recedere dal contratto quando

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 367 e nota 31, § 354. Cfr. le sentenze citate, p. 200, nota 1.

1. — *Prima ipotesi*: Vendita a un tanto per ogni misura.

189. « Se la vendita d'uno stabile è stata fatta coll'indicazione della quantità, in ragione di un tanto per ogni misura, il venditore è obbligato di consegnare al compratore, se lo esige, la quantità indicata nel contratto » (art. 1617). L'ipotesi prevista dalla legge è questa Bisogna anzitutto che la vendita abbia per oggetto un immobile determinato. Se il venditore promette cento ettari di un fondo, non si è più nel caso dell'art. 1617. Non può esservi errore nella quantità di un fondo, quando non si vende un fondo. La vendita cade sopra una quantità, come nella vendita di tanti ettolitri di frumento. Basterà fare una misurazione. La quantità del prezzo sarà in ragione della quantità della misura, poichè si suppone che il prezzo sia fissato per misura. Occorre, in secondo luogo, l'indicazione della quantità, altrimenti vi sarebbe vendita in blocco, il che esclude ogni errore sulla misura, poichè la misura non sarà stata presa in considerazione dalle parti contraenti. Infine, occorre che sia indicato il prezzo totale. Se la convenzione dispone soltanto che il fondo della misura di un certo numero di ettari è venduto a un tanto l'ettaro, ne risulterà ancora che non è possibile alcun errore, perchè il compratore non si obbliga a pagare che il numero di misure che si troveranno nel fondo e che gli saranno consegnate (1).

190. Perchè vi sia difficoltà, occorre si riscontri un errore nel prezzo. L'errore può derivare dall'esservi una quantità di misure minore di quella portata dal contratto. Può darsi anche che si trovi una quantità maggiore di quella espressa nel contratto. L'art. 1617 prevede la prima ipotesi: esso dà al compratore il diritto d'esigere che il venditore gli consegni la quantità indicata nell'atto. È questa l'applicazione del principio dell'art. 1616. Ma il principio subisce delle modificazioni. Può darsi che il compratore non esiga che il *deficit* sia colmato, può darsi anche che il venditore non possa fornire quello che manca. Quale sarà allora la condizione delle parti? L'art. 1617 risponde che il venditore è obbligato a soggiacere ad una proporzionata diminuzione del prezzo. Su questo punto non vi era dubbio. Il prezzo è pagato in ragione della misura, e quindi tante misure tanto prezzo. Se il prezzo è di mille lire all'ettaro e si trova un deficit di due ettari sulla quantità indicata, il prezzo sarà diminuito di duemila lire. Il venditore non può reclamare nè ritenere il prezzo d'una cosa che non consegna. Il compratore, nella specie, ha pagato senza causa le duemila lire che ripete contro il venditore, perchè le ha pagate per due ettari di terreno che non gli sono stati forniti.

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 76, n. 50 *bis*.

191. Si presenta una questione che la legge non risolve. Se il compratore esige che il venditore gli consegni la quantità indicata nel contratto e la cosa non sia possibile al venditore ne risulta che questi non adempie la sua obbligazione. Il compratore può prevalersene per domandare la risoluzione della vendita? Secondo il principio della condizione risolutiva tacita, il compratore avrebbe il diritto di chiedere la risoluzione. La questione sta nel sapere se l'art. 1617 non deroga a questo principio. L'opinione generale è che il compratore non ha l'azione di risoluzione per difetto di quantità. È questa una delle modificazioni al rigore dei principii previste dall'art. 1616. Quando la legge vuol dare al compratore l'azione di risoluzione, lo dice. L'art. 1618 gliela accorda quando vi ha un'eccedenza di quantità. Il silenzio dell'art. 1617 è dunque decisivo. Esso prevede il caso che il compratore esiga un supplemento che il venditore non può fornirgli, e non dà che un solo diritto al compratore, quello di domandare una diminuzione di prezzo. Esso esclude dunque l'azione di risoluzione. Ciò che conferma questa interpretazione si è ch'essa è stata data da Grenier nel suo discorso al Corpo legislativo. L'oratore del Tribunato spiega il motivo della differenza che la legge stabilisce fra l'ipotesi del deficit e quella dell'eccedenza di quantità. Si noterà, egli dice, una differenza fra la circostanza dell'eccedenza della quantità e quella del deficit, cioè che, per la prima, l'acquirente può recedere dal contratto, mentre a riguardo della seconda questa facoltà non gli è concessa. La ragione si è che, quando vi ha una minore estensione, si presume sempre che l'acquirente abbia voluto acquistarla. È incontestabile ch'egli ne ha i mezzi, poichè aveva voluto acquistarne una maggiore. Invece, quando vi ha eccedenza di quantità, costringendo l'acquirente a pagare il supplemento del prezzo, lo si obbligherebbe a comperare più di quello che egli avrebbe voluto e che forse non potrebbe pagare » (1).

Tutti gli scrittori, ad eccezione di Troplong, ammettono un'eccezione a questa decisione. Se la legge non permette al compratore di chiedere la risoluzione del contratto, è perchè suppone ch'egli avrebbe comperato quand'anche avesse saputo che la quantità era minore. È una presunzione che può essere inesatta. Se l'immobile è stato comperato per una data destinazione, alla quale si trova improprio per deficit di quantità, per esempio per costruire un opificio che deve avere una data dimensione, il principio dell'art. 1184 deve riprendere il suo impero, perchè la deroga che vi apporta l'art. 1617 non ha più ragion d'essere (2). Crediamo inutile insistere, perchè la questione non ci pare dubbia.

---

(1) GRENIER, *Discorsi*, n. 21 (LOCRÉ, t. VII, p. 111), e tutti gli autori.

(2) DURANTON, t. XVI, p. 239, n. 223. In senso contrario, TROPLONG, p. 191, numero 330. MARCADÉ risponde a TROPLONG, t. VI, p. 235, n. II dell'art. 1617.

IV. — Della durata delle azioni.

201. « L'azione pel supplemento del prezzo che compete al venditore, e quella per la diminuzione del prezzo o per il recesso del contratto che compete al compratore, devono proporsi entro un anno, da computarsi dal giorno del contratto, sotto pena della perdita delle loro ragioni » (art. 1622). « Questo tempo, dice Portalis, è sufficiente per riconoscere un errore la cui verifica è possibile ogni momento. Un termine più lungo getterebbe troppa incertezza negli affari della vita ». Vi ha incertezza sulla proprietà quando, per l'eccedenza della quantità, il compratore ha il diritto di domandare la risoluzione della vendita. Vi ha incertezza sulle obbligazioni delle parti quando vi ha luogo ad un aumento o ad una diminuzione del prezzo. Questa incertezza esiste in tutti i casi in cui nasce da un contratto un'azione che tende a risolvere la convenzione o a modificarne gli effetti. Tuttavia l'azione di risoluzione dura d'ordinario trent'anni. Perchè, nella specie, è limitata al breve spazio d'un anno? Portalis e Faure ne dicono la ragione, perchè, cioè, la verificazione dell'errore è assai facile (1). Il motivo non è concludente. Il compratore può verificare l'errore, supponendo che possegga e coltivi egli stesso i fondi, ma il venditore, che cessa di possedere, può difficilmente assicurarsi se vi ha errore.

202. La prescrizione d'un anno decorre contro i minori e gli interdetti? Si ammette l'affermativa (2). Vi ha però un motivo di dubitare, ed è che, secondo l'art. 2252, la prescrizione non decorre contro i minori e gli interdetti, salvo nei casi determinati dalla legge. Ora, non vi ha alcuna legge la quale faccia decorrere contro i minori tutte le brevi prescrizioni. Il codice le fa decorrere negli articoli 1663 e 1676, ma si possono assumere queste eccezioni a regola generale? Ritorneremo sulla questione al titolo della *Prescrizione.*

203. Secondo l'art. 1622, il termine d'un anno decorre dal giorno del contratto. Ciò suppone un contratto perfetto, che dia immediatamente adito alle azioni delle parti contraenti. Ma se il contratto deve essere ratificato da un comproprietario, o se deve essere approvato del governo, come avviene in materia d'espropriazione, la vendita è imperfetta, e il compratore non potrebbe esigere la consegna. Quindi non può parlarsi di prescrizione per le azioni che nascono

---

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, n. 22 (LOCRÉ, t. VII, p. 74). FAURE, *Relazione*, n. 26 (LOCRÉ, t. VII, p. 95).
(2) DURANTON, t. XVI, p. 253, n. 237. TROPLONG, p. 199, n. 349.

dall'obbligo di consegnare la quantità venduta. Il termine non decorrerà che dopo la ratifica e l'approvazione (1).

La prescrizione decorre se il compratore non è stato immesso in possesso dopo che la vendita ha ricevuto la sua perfezione? Bisogna distinguere. Se il compratore aveva diritto di chiedere l'immissione in possesso, il termine decorrerà contro di lui, quantunque di fatto vi sia stato un lungo intervallo tra la vendita e l'entrata in godimento. L'ostacolo di fatto che s'oppone all'azione non sospende il corso della prescrizione (2). Ritorneremo su questo punto al titolo che è la sede della materia. Ma quando la presa di possesso è subordinata all'avverarsi d'una condizione, il compratore non ha il diritto d'agire, e quindi la prescrizione non può decorrere contro di lui. La Corte di cassazione ha deciso così, in applicazione dell'art. 2257 (3), sul quale pure ritorneremo.

204. La prescrizione d'un anno è applicabile quando le parti hanno fatto qualche deroga alle regole del codice sulla quantità della cosa venduta? A nostro avviso, l'affermativa è certa. Infatti, malgrado queste deroghe, la natura delle azioni resta la stessa, e i motivi pei quali la legge le ha limitate ad un termine brevissimo sussistono. Dunque la legge deve ricevere la sua applicazione. La giurisprudenza è però divisa. Si obbietta che, nel caso in cui le parti hanno derogato alla legge, le azioni non nascono più dalla legge, ma dalla convenzione. Ora, le azioni che risultano dalla vendita durano trent'anni. È un pessimo ragionamento. Le azioni cui danno luogo il deficit o l'eccedenza di quantità nascono sempre dalla vendita, la legge non avendo fatto che prevedere ciò che le parti hanno voluto fare. Dunque non vi ha nulla di cambiato riguardo al principio dell'azione quando le parti derogano alla legge, e quindi la prescrizione deve restare la stessa (4).

205. Le parti interessate potrebbero estendere il termine d'un anno stabilito dall'art. 1623? No, certo. Ogni prescrizione è d'ordine pubblico e non spetta ai privati modificarne le condizioni. In questo senso, l'art. 2220 dice che non si può rinunciare anticipatamente alla prescrizione, ma la legge permette di rinunciare alla prescrizione acquisita. Le parti contraenti, nella specie, possono dunque rinunciare al beneficio della decadenza stabilito dall'art. 1623 quando è incorsa, ma non possono anticipatamente prolungarne il termine. È questa l'opinione generale, salvo il dissenso di Zachariae, che, sull'argomento, è stato censurato dai suoi editori (5).

---

(1) Rigetto, sezione civile, 10 febbraio 1869.
(2) Parigi, 18 dicembre 1840 (Dalloz, v. *Vente*, n. 762).
(3) Rigetto, 27 aprile 1840 (Dalloz, v. *Vente*, n. 768, 2.°).
(4) Troplong, p. 199, n. 350. Duvergier, t. I, p. 363, n. 300.
(5) Aubry e Rau, t. IV, p. 368, nota 38, § 354.

206. L'art 1622 consacra una deroga al diritto comune. Esso è dunque di stretta interpretazione. Siccome la legge non parla che della quantità degli immobili (art. 1617, 1619), bisogna conchiuderne ch'essa non si estende alle vendite mobiliari. In applicazione di questo principio, la Corte di cassazione ha giudicato che la prescrizione d'un anno non era applicabile alla vendita d'un taglio di boschi (1). È questa un'anomalia così strana come sembra credere Duvergier? L'interesse dei terzi è il motivo principale che ha fatto adottare la disposizione eccezionale dell'art. 1623. Ora, i terzi acquirenti non sono interessati a che la prescrizione sia più o meno lunga, poichè possono opporre il loro possesso contro l'azione di rivendicazione se sono in buona fede (art. 2279).

207. Dallo stesso principio consegue che l'art. 1622 non è applicabile all'azione colla quale il compratore reclama la consegna d'una parte dell'immobile che pretende compresa nella vendita. Questa azione non rientra nei termini dell'art. 1622, e dal momento che si è fuori dell'eccezione, bisogna applicare la regola dell'art. 2262 (2). La Corte di cassazione ha giudicato, in applicazione di questo principio, che l'azione del compratore contro il venditore che aveva venduto una cosa, di cui non era proprietario che in parte, non si prescriveva che in trent'anni. Infatti, si trattava d'una domanda di consegna d'una cosa compresa nella vendita (3).

Per la identica ragione, non vi ha luogo ad applicare l'articolo 1622 quando il venditore reclama la restituzione d'una parte dell'immobile che pretende non esser stata compresa nella vendita.

Gli è lo stesso di ogni azione che non abbia per oggetto un aumento od una diminizione di prezzo per errore di quantità. Si fa una vendita a un tanto la misura con questa clausola che il prezzo, approssimativamente calcolato ad una data somma pagabile a contanti, sarà definitivamente regolato da una ulteriore misurazione. L'azione che ha per oggetto di far fissare il prezzo con questa misurazione non rientra nei termini dell'art. 1622, e quindi vi era luogo alla prescrizione trentennale (4).

---

(1) Rigetto, 24 maggio 1815 (Dalloz, v. *Vente*, n. 774, 1.°). Duvergier, t. I, p. 363, n. 304.
(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 368 e nota 40, § 354, e le autorità che citano.
(3) Rigetto, 8 maggio 1872 (Dalloz, 1873, 1, 479).
(4) Rigetto, 31 maggio 1853 (Dalloz, 1853, 1, 189).

SEZIONE III. — Della garanzia.

208. « La garanzia che il venditore deve al compratore ha due scopi: il primo è il pacifico possesso della cosa venduta, il secondo riguarda i difetti occulti di essa, o i vizi che danno luogo all'azione redibitoria » (art 1625).

Art. 1. — DELLA GARANZIA IN CASO DI EVIZIONE.

§ I. — *Oggetto e natura della garanzia.*

209. Il venditore deve garantire al compratore il pacifico possesso della cosa venduta. Quale è l'oggetto di questa garanzia? Essa ha il suo principio nell'obbligazione del venditore di trasmettere al compratore la proprietà della cosa. La proprietà è il diritto di godere delle cose nella maniera più assoluta (art. 544), il che implica che nessuno ha un diritto su queste cose e può turbare il padrone nel suo godimento. È vero che, nell'antico diritto, il venditore non s'obbligava a trasferire la proprietà, ed era tenuto nullameno alla garanzia, ma la sua obbligazione è più rigorosa sotto l'impero dei nuovi principii. Un tempo si diceva che la garanzia concerneva soltanto la natura della vendita, e non la sua essenza. Il codice sembra riprodurre la dottrina tradizionale (articoli 1626 e 1627). Sarebbe stato più esatto il dire che non vi ha più vendita quando il venditore non è tenuto a garantire al compratore il pacifico possesso della cosa venduta, perchè non vi ha vendita valida quando il venditore non rende il compratore proprietario. Il compratore ha inoltre, secondo la legislazione moderna, un diritto che non aveva nell'antica giurisprudenza, quello di domandare la nullità della vendita dal momento che può provare che il venditore gli ha venduto la cosa altrui, quand'anche non fosse nè evitto nè turbato (1).

210. Dal principio, che il venditore deve trasmettere al compratore la proprietà della cosa venduta e garantirgliene il pacifico possesso, segue che il venditore non può egli medesimo turbare il compratore nè evincerlo. Egli non lo potrebbe che in virtù di un diritto che avesse sulla cosa. Ora, egli ha trasmesso al compratore tutti i suoi diritti sulla cosa, non solo i suoi diritti attuali, ma anche quelli che potesse acquistare, perchè la proprietà è un diritto assoluto ed esclusivo. Per ciò

---

(1) DUVERGIER, *Della vendita*, t. I, p. 394, n. 331.

solo che il venditore si è obbligato a trasmettere la pienezza del più ampio diritto che si possa possedere sopra una cosa, egli non può più avervi nè acquistarvi alcun diritto da poter far valere contro il compratore. Di qui il vecchio adagio che colui il quale è tenuto alla garantia non può evincere. Ne risulta un'eccezione, vale a dire una difesa a profitto del compratore contro ogni azione colla quale il venditore o i suoi eredi lo turbassero nella sua proprietà o nel suo possesso. Il buon senso è d'accordo col diritto per respingere il venditore. Obbligato a proteggere il compratore contro ogni turbamento, non può egli stesso turbarlo. Obbligato a indennizzarlo in caso di evizione, non può egli stesso evincerlo.

Pothier dà come esempio il caso in cui il venditore che ha venduto la cosa altrui ne diviene in seguito proprietario, o, il che torna lo stesso, il caso in cui il vero proprietario diventa erede del venditore. Il proprietario, egli dice, non può rivendicare la cosa contro il compratore, perchè, come venditore o erede del venditore, deve garantire il compratore contro ogni azione di rivendicazione. Il compratore può dunque opporgli l'eccezione di garanzia (1). Non vi ha dubbio. Ma, nel nostro diritto moderno, il compratore non ha più bisogno, in questo caso, dell'eccezione di garanzia per respingere il venditore. Infatti, è egli stesso proprietario della cosa dal momento ch'essa appartiene al suo venditore, perchè questi si è obbligato a trasferirgliene la proprietà, e questa obbligazione produce il suo effetto dal momento in cui il venditore è proprietario. Se dunque il venditore rivendicasse, il compratore si difenderebbe negando la proprietà del rivendicante e sostenendo che egli stesso è proprietario (2). Sarebbe lo stesso se l'erede del venditore che ha venduto la cosa altrui domandasse la nullità della vendita. Il compratore gli risponderebbe che non vi ha più vendita della cosa altrui, poichè l'erede del venditore è proprietario (3). Secondo la nostra opinione intorno alla vendita della cosa altrui, vi ha anche un'altra eccezione da opporre all'attore, cioè che il venditore non può invocare la nullità stabilita dall'articolo 1599.

Pothier dà ancora come esempio dell'eccezione di garanzia la vendita fatta da un tutore d'un bene del suo pupillo. Questi diviene l'erede del tutore. Può egli rivendicare il suo fondo? No, perchè come erede deve garantire il compratore contro il quale rivendica (4). In diritto moderno, diremmo che il compratore è divenuto proprietario. Vi sarebbe luogo all'eccezione di

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 167. In questo senso, Angers, 23 luglio 1847 (DALLOZ, 1847, 2, 195).

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 85, n. 61 *bis* IV. Vedi più sopra, n. 120.

(3) Cfr. rigetto, 6 dicembre 1854 (DALLOZ, 1855, 1, 19).

(4) POTHIER, *Della vendita*, n. 169.

garanzia se il tutore avesse venduto l'immobile nella sua qualità di tutore, ma non fosse stata osservata una forma prescritta sotto pena di nullità. Il pupillo, divenuto l'erede del tutore, non potrebbe più invocare la nullità, perchè l'azione condurrebbe ad evincere il compratore ch'egli deve garantire contro l'evizione (1).

Infine Pothier applica lo stesso principio al caso in cui un terzo che ha un'ipoteca sull'immobile vendutomi da chi ne aveva la proprietà, diviene erede del venditore. Egli non può esercitare la sua azione ipotecaria contro di me. Io lo respingerei coll'eccezione di garanzia. La Corte di cassazione ha giudicato in questo senso (2).

211. L'obbligazione di garanzia obbliga ancora il venditore a prendere *fait et cause* pel compratore, vale a dire a difenderlo contro i terzi che lo turbassero nell'esercizio del suo diritto. Pothier dice che è questo l'oggetto immediato e principale della garanzia. È raro, infatti, che il venditore stesso turbi il compratore. Quando vi ha turbamento, esso deriva dal fatto d'un terzo che s'oppone a che il compratore entri in godimento, o che vuole impedirgli d'esercitare una servitù compresa nella vendita, o che rivendica contro il compratore in forza d'una causa anteriore alla vendita, o pretende esercitare sul fondo venduto una servitù non dichiarata dal venditore. In tutti questi casi il compratore ha il diritto di chiamare il venditore in garanzia. Diremo più avanti chi sopporti le spese della lite e chi sia tenuto ai danni ed interessi ai quali il compratore ha diritto, anche quando il venditore riesce a far cessare il turbamento (3).

212. Da ultimo, la conseguenza ordinaria della garanzia è che il venditore deve indennizzare il compratore dell'evizione che questi soffre in tutto o in parte dell'oggetto venduto, o dei pesi che terze persone pretendono su quest'oggetto quando non sono stati dichiarati al momento della vendita. Diciamo che tale è l'oggetto abituale della garanzia. È il solo di cui parli la legge. Il paragrafo consacrato a questa obbligazione è intitolato: *Della garanzia in caso d'evizione*. Il venditore chiamato in causa può non difendere il compratore contro l'azione del terzo che lo turba. A quale scopo prendere la difesa se il diritto del terzo è certo? Ovvero il venditore può soccombere nella sua difesa. L'evizione è la conseguenza ordinaria del turbamento. Però, in teoria, l'obbligazione d'indennizzare il compratore evitto è un'obbligazione secondaria, come ogni obbligazione di fare. Ora, l'obbligazione di garanzia, quando si tratta del turbamento proveniente da un terzo, è un'obbligazione di fare,

---

(1) Rigetto, 16 giugno 1846 (DALLOZ, 1846, 1, 364).
(2) Rigetto, 24 luglio 1856 (DALLOZ, 1855, 1, 396).
(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 370, § 355 (4.ª ediz.).

poichè consiste nel prendere *fait et cause* pel compratore. Questa obbligazione, quando non può essere adempiuta, si traduce in danni ed interessi, ma non si può dire che il venditore sia soltanto tenuto ad indennizzare il compratore del danno che gli cagiona l'evizione. Bisogna ritenere, come fa Pothier, che l'oggetto primitivo ed essenziale della garanzia è la difesa del compratore. È soltanto quando la difesa è impossibile ch'essa si risolve in danni ed interessi (art. 1142).

213. Da ciò deriva una conseguenza importantissima, che l'obbligazione di garanzia è indivisibile. Essa consiste nel fare. Ora, secondo l'art. 1217, l'obbligazione è indivisibile quando ha per oggetto un fatto che, nell'esecuzione, non è suscettibile di divisione, sia materiale, sia intellettuale. Non si può parlare d'una divisione materiale del fatto della difesa del compratore, e così pure non si concepisce la divisione intellettuale. Come si esercita la difesa? Il venditore presenta argomenti di diritto o di fatto per stabilire la sua proprietà contro il terzo che la contesta, o per provare che il terzo non ha il diritto che reclama. Ora, si comprende che si faccia valere un terzo o un quarto d'argomento? Considerata come obbligazione di difendere, la garanzia è dunque essenzialmente indivisibile. Ma lo è ancora se la si consideri come obbligazione di non turbare il compratore. Abbiamo detto che questa obbligazione ha il suo principio in quella che il venditore contrae di trasferire al compratore la proprietà della cosa. Così considerata, essa è essenzialmente indivisibile. La proprietà è un diritto assoluto. Essa è integra o non lo è. Il venditore si è obbligato a trasmetterla integra, e quindi non può menomamente attentarvi senza mancare al suo impegno. Ciò significa che la sua obbligazione non comporta divisione, sia materiale, sia intellettuale. Anche restringendo l'obbligazione del venditore ad assicurare il pacifico possesso del compratore, essa rimane indivisibile, perchè il pacifico possesso e il minimo turbamento sono incompatibili. Il possesso, in questo senso, è un diritto assoluto, quanto la proprietà di cui costituisce l'esercizio. Ciò che inganna le persone estranee al diritto è che la cosa venduta è quasi sempre divisibile. Ma non si tratta della natura della cosa, sibbene dell'obbligazione che il venditore contrae relativamente a questa cosa.

Vi ha un'altra causa d'errore, che ha tratto in inganno anche la Corte di cassazione. Essa dice nel considerando d'una sentenza che l'obbligazione di garanzia è divisibile, sebbene abbia sempre giudicato che l'eccezione di garanzia è indivisibile (1). La Corte si è posta sotto il punto di vista pratico. Che cosa è la garanzia in fatto? È l'obbligazione d'indennizzare il

---

(1) Rigetto, 11 agosto 1830 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 945, 2.°).

compratore in caso d'evizione. Il codice stesso la considera così, perchè è raro che la difesa alla quale il venditore è tenuto riesca, e più raro ancora che il venditore turbi il compratore. Si tratta dunque quasi sempre d'indennizzare il compratore del danno che gli cagiona l'evizione. Ora, nulla è più divisibile dei danni ed interessi. Indivisibile per principio, la garanzia si divide dunque il più delle volte in fatto. Però la Corte di cassazione ha avuto torto di mettersi sotto il punto di vista dei fatti. Custode del diritto, essa deve parlare il linguaggio giuridico, e deve mantenere i principii anche quando i fatti non permettono di applicarli rigorosamente. Ora, è evidente che l'evizione non potrebbe cambiare la natura dell'obbligazione di garanzia, perchè l'evizione non è altro che l'impossibilità di adempiere l'obbligazione di difesa, e di mantenere il compratore nel libero possesso della cosa. Ma l'inadempimento d'una obbligazione ne cambia forse la natura? La domanda non ha senso. Tutti gli scrittori ammettono che l'obbligazione di garanzia è indivisibile, salvo il dissenso di Duranton, che stentiamo a comprendere (1). Essa diviene divisibile quando il compratore è evitto e la garanzia si trasforma in danni ed interessi (2). La Corte di cassazione ha consacrato gli stessi principii in una recente sentenza (3).

214. Le conseguenze dell'indivisibilità della garanzia sono quelle che risultano da ogni obbligazione indivisibile. Se il venditore muore, lasciando più eredi, ciascun d'essi è tenuto alla garanzia per la totalità (art. 1223). Il compratore turbato può dunque agire, per l'intero, contro uno solo degli eredi, il quale sarà condannato per la totalità, salvo il suo regresso contro i coeredi. Questa conseguenza dell'indivisibilità ha poco interesse pratico. Da una parte, l'erede può chiamare in causa i suoi eredi; il che avrà per conseguenza la loro condanna parziale, dal punto di vista dei danni ed interessi, i quali si dividono fra gli eredi in ragione della loro parte ereditaria (art. 1225). Il compratore stesso è interessato ad agire contro tutti gli eredi pel caso probabile che la difesa non riuscisse, perchè, in questa ipotesi, l'obbligazione di garanzia si risolve in danni ed interessi ed, essendo questi divisibili, l'erede citato non sarebbe tenuto che per la sua parte ereditaria, il che obbligherebbe il compratore a proporre una nuova azione contro gli altri eredi. Di fatto dunque l'azione in garanzia sarà di regola diretta contro tutti gli eredi. Essi sono obbligati a difendere ciascuno il compratore per la totalità. La questione

---

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 371, note 7-9. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 86, n. 61 *bis* VI. La giurisprudenza delle Corti del Belgio è nello stesso senso. Rigetto, 5 giugno 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 1, 308). Gand, 19 luglio 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 19).

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 105. DUVERGIER, t. I, p. 429, n. 355.

(3) Rigetto, 18 aprile 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 275).

è teorica, perchè la causa, in caso d'evizione, terminerà con una condanna divisa.

Vi ha un lieve dubbio quando l'erede, citato solo, trascura di chiamare in causa i suoi coeredi. Si potrebbe dire che, essendo la sua obbligazione principale indivisibile, dovrebbe esserlo pure la condanna ai danni ed interessi. Ciò sarebbe vero se la condanna ai danni ed interessi prendesse il posto della garanzia, ma non accade così. Quando vi ha evizione, l'obbligazione di garanzia non è adempita, ed è per questo nuovo fatto, l'inesecuzione dell'obbligazione, che il debitore vien condannato a pagare danni ed interessi. Ora, i danni ed interessi si dividono di pien diritto quando vi hanno più debitori non solidali. Adunque un erede parziale non incorre nei danni ed interessi che per la sua quota ereditaria (1).

215. Il principio dell'indivisibilità della garanzia ha un'altra conseguenza più importante, cioè che anche l'eccezione di garanzia è indivisibile. Supponiamo che uno degli eredi del venditore rivendichi la cosa venduta contro il compratore. Questi potrà opporgli l'eccezione di garanzia. Non lo può egli che per la parte ereditaria dell'attore, o può farlo per la totalità? La risposta si trova nell'art. 1217. L'erede è tenuto alla garanzia. Ora, la garanzia è un'obbligazione indivisibile, e quindi egli deve garantire il compratore per la totalità. Non si concepisce che la garanzia cambi natura quando è opposta sotto forma d'eccezione, perchè essa consiste nel non turbare il compratore e questa obbligazione è essenzialmente indivisibile. Non vi ha che una differenza fra l'eccezione di garanzia e l'azione in garanzia, ed è che l'ultima si trasforma il più delle volte in danni ed interessi per l'impossibilità in cui si trova il venditore di difendere il compratore contro l'azione dei terzi, e, in questo caso, i danni ed interessi si dividono fra gli eredi del venditore, mentre la garanzia, sotto forma d'eccezione, non è mai impossibile, poichè è l'erede attore che è proprietario Essendo proprietario per la totalità, egli può, come deve, non turbare il compratore per la totalità. Mancherebbe alla sua obbligazione turbando il compratore per una parte, quella dei suoi coeredi. Dunque, egli non può rivendicare per nessuna parte.

La giurisprudenza è in questo senso (2), ma la dottrina è sempre stata divisa. Nell'antico diritto, Dumoulin e Pothier, pur ritenendo che l'azione in garanzia è indivisibile, insegnavano che l'eccezione di garanzia è divisibile. Dumoulin, colla sua solita violenza, si spingeva fino a chiamare l'opinione contraria inetta e stupida. Ecco un grave precedente contro la dottrina che

---

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 372 e note 10 e 11.

(2) Vedi le sentenze della Corte di cassazione di Francia nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, n. 915, e la sentenza della Corte di cassazione del Belgio, citata a p. 159, nota 1.

noi professiamo colla giurisprudenza. L'autorità della tradizione, in questa materia, pare decisiva a primo aspetto. Infatti, si tratta di sapere se una obbligazione è indivisibile. Ora, la teoria dell'indivisibilità consacrata dal codice risale a Dumoulin e a Pothier. Non è temerario combattere su questo terreno i grandi giureconsulti che passano, a buon diritto, per essere gli autori del codice civile? Però la nostra convinzione è ch'essi s'ingannano. Ora, la verità prevale ad ogni autorità, come dice un vecchio proverbio, foss'anche l'autorità di Socrate e di Platone.

Quello che ci permette di contraddire i nostri maestri è che abbiamo un testo formale. Secondo l'art. 1217, la garanzia è indivisibile. Dunque essa lo è tanto come eccezione quanto come azione, a meno che non vi sia nel codice una disposizione che deroghi a quella dell'art. 1217. Ora, la legge non dice nulla nè dell'azione nè dell'eccezione di garanzia, e quindi restiamo sotto l'impero della regola stabilita dall'art. 1217. Questo è decisivo. È vero che si ammette talvolta una restrizione alla legge, senza che vi sia un testo, ma occorre all'uopo ch'essa risulti dalla natura stessa della regola. La questione è dunque questa. La garanzia implica ch'essa non è indivisibile che sotto forma d'azione e che diviene divisibile sotto forma d'eccezione? Pothier fa una confessione che condanna la sua dottrina: « Sembrerebbe anzitutto, egli dice, che, secondo i principii che abbiamo qui sopra stabiliti (sull'indivisibilità dell'azione in garanzia) dovrebbe dichiararsi inammissibile per la totalità la domanda dell'erede del venditore che rivendica la cosa venduta contro il compratore, poichè, l'obbligazione di difendere essendo indivisibile, egli è obbligato di difenderla per la totalità ». Così Pothier pone l'eccezione di garanzia alla stessa stregua dell'azione, secondo i principii da lui medesimo. Perchè dunque si scosta da questi principii? È l'autorità d'un testo che ve l'ha indotto. Una legge romana decide formalmente che l'erede del venditore non può essere respinto che nei limiti della sua parte ereditaria, vale a dire che l'eccezione di garanzia non può essergli opposta che per questa parte (1). Tale argomentazione era molto giuridica. Pothier credeva che la teoria dell'indivisibilità di Dumoulin fosse desunta dal diritto romano. Ora, egli trovava nel diritto romano un testo che dichiarava l'eccezione di garanzia divisibile. Ciò era decisivo. Anche nel diritto moderno l'argomentazione è decisiva, ma contro l'opinione di Pothier. Il diritto romano è abrogato, e l'indivisibilità è ora definita dall'art. 1217. Secondo questa definizione, la garanzia è indivisibile. Essa lo è sotto tutti i rapporti, tanto come eccezione quanto come azione, perchè il codice non ha riprodotto la legge romana che aveva spinto Pothier a considerare l'ecce-

(1) POTHIER, *Della rendita*, n. 173.

zione come divisibile. Dunque, secondo la stessa dottrina di Pothier, oggi bisogna decidere che l'eccezione di garanzia è indivisibile.

Dumoulin non s'appoggia sulla legge romana che pareva così formale a Pothier. Egli la esclude, perchè gli pare oscura (1). Questo prova quanto la dottrina che noi combattiamo sia incerta. Dumoulin, al pari di Pothier, ragionava secondo i principii del diritto romano. Entrambi erano convinti che la loro teoria dell'indivisibilità fosse romana, ma è certo che si sono ingannati. In quanto concerne l'indivisibilità della garanzia, la loro dottrina è egualmente romana. Solo la legge che ha indotto Pothier ad allontanarsi dai principii ch'egli stesso aveva posti pare a Dumoulin piena di difficoltà. Che cosa conchiuderne? Che, per Pothier e Dumoulin, la questione era una controversia romana, il che avrebbe dovuto bastare per non tenere alcun conto della loro argomentazione, giacchè per noi la controversia non deve più essere decisa dai testi delle Pandette, essendo eliminata dall'art. 1217. Quanto agli argomenti che Pothier e Dumoulin attingono nel diritto romano per dichiarare l'eccezione di garanzia divisibile, essi ci sono completamente estranei. Noi non dobbiamo tenerne conto (2).

Che l'argomentazione di Dumoulin e di Pothier sia romana è così vero che si stenta a comprenderla stando ai principii del codice civile. L'argomento principale di Dumoulin, riprodotto da Pothier e dagli autori moderni che seguono la loro opinione, consiste nel dire che l'obbligazione di garanzia è una dipendenza dell'obbligo della tradizione. Ecco come Pothier lo presenta. L'obbligazione del venditore di consegnare la cosa (*praestandi emptori rem habere licere*) è un'obbligazione divisibile, poichè, si suppone, la cosa che deve essere consegnata è divisibile. Ogni erede del venditore non è debitore della cosa che per la sua quota ereditaria. L'erede *pro quota* adempie dunque la sua obbligazione lasciando al compratore la cosa quanto alla parte per la quale egli è erede e rivendicando il di più. È certo che l'erede parziale non sarebbe stato tenuto che a consegnare la sua parte se il venditore fosse morto prima d'aver fatto la consegna. Deve essere lo stesso dell'obbligazione di garanzia quando il venditore è morto dopo di aver consegnato la cosa. Secondo il diritto francese, non si comprende più questa argomentazione. Si è obbligati a parlare latino per spiegare in che consiste l'obbligazione del venditore. Egli deve *praestare emptori rem habere licere*. È questa ancora l'obbligazione del venditore sotto l'impero del codice? No, egli s'obbliga a trasferire la proprietà della cosa venduta. Se è proprietario, la pro-

(1) DUMOULIN, *Estricatio labyrinthi dividui et individui*, II part., n. 496 e seg.
(2) Cfr. la notevole requisitoria del sig. LECLERCQ, procuratore generale (*Pasicrisie*, 1856, 1, 316 e seg.).

prietà è trasferita col contratto, senza tradizio... importa dunque che il venditore muoia prima o ...ome il ven-segna. La proprietà è o non è trasferita secondo c... di tra-ditore è o non è proprietario. Quale è la conseguenza ... pro-obbligazione? Che il venditore non può molestare il comprato... Questa obbligazione di non molestare è essenzialmente indivisibile. Dunque l'erede parziale del venditore che molesta il compratore manca alla sua obbligazione, e vi manca per la totalità, poichè l'obbligazione non è suscettibile di parti. Ecco i principii francesi. Essi non hanno nulla di comune colla consegna. Consegnare e garantire sono due obbligazioni distinte (art. 1603), che derivano entrambe dall'obbligazione essenziale del venditore di trasferire la proprietà della cosa. Ciascuna di queste obbligazioni ha la sua natura particolare; l'una è divisibile, l'altra è indivisibile.

Pothier prevede l'obbiezione che gli si farà, cioè che, secondo i suoi proprii principii, la garanzia consiste essenzialmente nel difendere il compratore, il che costituisce un'obbligazione indivisibile. Egli risponde che l'obbligazione di difendere non è un'obbligazione precisa ed assoluta, che ciascun erede del venditore può liberarsene soddisfacendo, per la sua parte ereditaria, all'obbligo della tradizione. È sempre l'argomento di Dumoulin. L'obbligo della tradizione è l'obbligazione principale. Quando l'erede del venditore vi ha soddisfatto per la sua parte, è liberato da ogni obbligazione di garanzia. Noi abbiamo detto che in diritto francese questo non è esatto. L'art. 1603 non subordina l'obbligazione della garanzia all'obbligo della consegna. La consegna non è più che l'immissione in possesso del compratore, un fatto materiale che non ha nulla di comune colla garanzia, nel senso che entrambe le obbligazioni derivano dall'obbligazione essenziale del venditore che consiste nel trasferire la proprietà.

Vi ha un'altra risposta da fare a Pothier. L'obbligazione di garantire è un'obbligazione di fare. Ma il debitore si libera forse dall'obbligazione di fare offrendo danni ed interessi al creditore? No, certo. Egli si è obbligato a fare, e deve adempiere questa obbligazione, se la cosa è possibile. Ora, essa è possibile, nella specie, poichè l'erede del venditore può fare ciò che il suo autore s'è obbligato a fare, e quindi non può parlarsi di danni ed interessi. È ancora un testo del codice che lo dice. Se il debitore s'è obbligato a non fare e contravviene alla sua obbligazione, il creditore può domandare e il giudice ordinerà che ciò che è stato fatto sia distrutto (art. 1143). Invano il debitore offrirebbe danni ed interessi, gli si risponderebbe ch'egli non è debitore di danni ed interessi, ma che è debitore d'un fatto. Così pure se l'erede del venditore, obbligato a difendere il compratore, offrisse la sua parte dei danni ed interessi risultanti dall'adempimento dell'obbligazione di trasferire la proprietà, il giudice non l'ascolterebbe, ma lo

zione come di[illegible] [illegible]hè è questa la sua obbligazione,
Pothier, ogg[illegible] [illegible], nella specie, adempierla per la
divisibi[illegible]

[illegible] — *Dell'evizione.*

[illegible] — **Quando vi ha evizione?**

[illegible]propriamente detta suppone una sentenza [illegible]danni il compratore a rilasciare la cosa ven[illegible]de quando un terzo rivendica la cosa come su[illegible] compratore rivendica la cosa contro un terzo posse[illegible] sua domanda è respinta. In questi due casi, il comprato[illegible] evitto dal vero proprietario. Egli può esserlo anche da un creditore ipotecario che agisce contro di lui come possessore dell'immobile ipotecato. L'azione tende alla vendita forzata dell'immobile, ed è quindi ancora in forza d'una sentenza che il compratore sarà evitto. Vi sarebbe evizione anche se, sulla richiesta del creditore ipotecario, il compratore rilasciasse l'immobile, perchè il rilascio conduce egualmente all'espropriazione. Il compratore ha anche la facoltà di pagare il debito pel quale l'immobile è ipotecato. In questo caso egli non è evitto in forza d'una sentenza giudiziaria, ma è tuttavia evitto, poichè paga per impedire l'espropriazione.

Può dunque esservi evizione senza che vi sia una sentenza che condanna il compratore a rilasciare. Il compratore può rilasciare il fondo al vero proprietario senza che vi sia una sentenza del giudice. Se il diritto di colui che rivendica il fondo è evidente, non occorre sostenere la causa, poichè si farebbero spese inutili. Ma, siccome, in diritto, sono poche le pretese di cui si possa dire che sono evidenti, il compratore agirebbe molto imprudentemente facendo il rilascio volontariamente. Il venditore potrebbe sostenere che il reclamo del terzo non era fondato. Per prevenire ogni contestazione a questo riguardo, il compratore deve chiamare in causa il venditore.

Vi ha un ultimo caso d'evizione che, a primo aspetto, pare molto singolare. La cosa venduta non appartiene al proprietario. Il compratore ne acquista la proprietà, non importa a qual titolo. Da questo momento egli è evitto, quantunque sia ormai al coperto da ogni evizione. Così, al momento in cui la sua proprietà si consolida, egli è evitto. Gli è che il

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 372, nota 12, § 355. Colmet de Santerre, t. VII, p. 87, n. 61 *bis* VII. In senso contrario, Duranton, Troplong, Rodière e Lahombière.

fatto stesso ch'egli è divenuto proprietario prova come il venditore non abbia adempito l'obbligazione che gli incombe di trasferire la proprietà. Egli è dunque evitto, perchè diviene proprietario in forza d'un titolo diverso dal contratto di vendita (1).

217. A termini dell'art. 1626, il venditore è tenuto a garantire il compratore dell'evizione che soffre di tutta o di *parte* della cosa venduta. L'evizione parziale è una inesecuzione dell'obbligazione contratta dal venditore quanto l'evizione totale. Non si deve distinguere, quanto all'obbligazione di garanzia, se l'evizione parziale è più o meno considerevole. La legge fa questa distinzione quando si tratta di sapere se il compratore può domandare la risoluzione del contratto (articolo 1636), ma non lo fa in quanto concerne l'obbligazione di garanzia. Dal momento che il compratore è evitto d'una parte qualunque della cosa venduta, per piccola che sia, ha diritto alla garanzia. La Corte di Lione ha giudicato il contrario applicando all'evizione ciò che l'art. 1619 dice dell'azione del compratore fondata sopra un deficit di quantità. Quando la vendita non è fatta in ragione di un tanto la misura, il compratore non può domandare una diminuzione di prezzo per mancanza di quantità se non quando vi sia una differenza d'un ventesimo fra la quantità reale e quella indicata nel contratto. Questa disposizione non è applicabile all'azione di garanzia. In sostanza, l'errore della Corte di Lione è quello di Pothier; essa credeva, come lui, che la principale obbligazione del venditore fosse quella della tradizione, che se il compratore non ha azione contro il venditore per la consegna, non può aver azione per la garanzia. La sentenza è stata cassata. Nel caso dell'art. 1619, la totalità dell'immobile venduto venne consegnata al compratore, e non può essere questione d'evizione. Ma se questo immobile non ha la quantità dichiarata dal venditore, vi ha luogo a diminuzione del prezzo pel deficit quando il deficit è d'un ventesimo. Nel caso d'evizione, l'acquirente non è immesso in possesso di tutta la cosa venduta o ne è spossessato. Il venditore non adempie l'obbligazione che ha contratto di rendere il compratore proprietario di tutta la cosa venduta, e quindi deve garanzia. Questo prova che l'obbligazione della garanzia differisce dall'obbligazione della tradizione, checchè ne abbiano detto Dumoulin e Pothier (2).

218. Occorre che l'evizione sia consumata perchè il compratore possa agire contro il venditore? L'art. 1626 sembra dirlo

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, nn. 33, 84, 95 e 96, e tutti gli autori.

(2) Cassazione, 14 gennaio 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 91). Gand, 10 agosto 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 338). Bruxelles, 2 giugno 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 168). Cfr. Colmar, 19 aprile 1837, e rigetto, 16 giugno 1840 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 802, e la critica di DALLOZ, n. 847).

in quanto obbliga il venditore a garantire il compratore dell'*evizione che soffre*. Questo è vero, nel senso che il venditore non può essere tenuto agli effetti dell'evizione prima che vi sia evizione. Ma bisogna guardarsi dal conchiuderne che il compratore non possa agire contro il venditore finchè non sia evitto. L'art. 1640 dice implicitamente il contrario riconoscendo nel compratore il diritto di chiamare in causa il venditore, e il codice di procedura regola l'esercizio di questo diritto (articoli 175-185). Basta dunque che vi sia una turbativa di diritto perchè il compratore possa agire. Ciò risulta dall'essenza stessa della garanzia. Il venditore deve garantire al compratore il *pacifico possesso* della cosa venduta. Ora, il possesso non è pacifico dal momento che un'azione diretta contro il compratore minaccia di evincerlo di tutta o di parte della cosa venduta. Il compratore molestato ha dunque il diritto d'esigere che il venditore faccia cessare la molestia. È questa la difesa che Pothier dice costituire l'obbligazione principale del venditore. Se il codice non ne parla, è perchè esso parte da un punto di vista pratico. Esso suppone che il venditore non possa difendere e che, per conseguenza, il compratore sia evitto (1).

Quando vi ha turbativa di diritto? Non basta che un terzo abbia delle pretese sulla cosa venduta, bisogna che le faccia valere giudizialmente. Infatti, l'obbligazione del venditore consiste nel difendere il compratore. Ora non vi ha luogo a difendere chi non è attaccato. La giurisprudenza è in questo senso (2). Supponiamo, ben inteso, che il compratore abbia soltanto dei timori d'evizione. S'egli ha in mano la prova che le pretese del terzo sono fondate, può domandare la nullità della vendita. Il terzo è il vero proprietario, sebbene non agisca. Vi ha dunque, in questo caso, vendita della cosa altrui, e quindi il compratore ha diritto di domandare la nullità della vendita. Ma se la pretesa del terzo non è fondata che sopra un diritto reale ch'egli ha sulla cosa venduta, il compratore non può agire in forza dell'art. 1599. Egli non lo può per causa d'evizione, nè per causa di molestia, perchè egli non è nè evitto nè molestato. Il solo diritto che la legge gli accorda è di sospendere il pagamento del prezzo, perchè ha giusta ragion di timore d'essere molestato (art. 1653).

219. La molestia di fatto non dà luogo a garanzia. Bisogna applicare, per analogia, al venditore ciò che l'art. 1725 dice del locatore. Quando il compratore è stato molestato nel suo godimento con via di fatto senza che i terzi pretendano alcun

---

(1) TROPLONG, p. 233, n. 431.

(2) Vedi una sentenza molto ben motivata della Corte di Pau, 5 dicembre 1837 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 852, 1.°), e le altre sentenze riportate nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, n. 852).

diritto sulla cosa venduta, il venditore non è tenuto a garantirlo, salvo al compratore a procedere contro gli autori della molestia in nome suo personale. Sarebbe così anche quando la molestia andasse fino alla spogliazione. Gli abitanti d'un comune s'impadroniscono per forza d'un immobile sostenendo che ne sono stati spogliati abusivamente dalla podestà feudale. Il compratore non ha alcuna azione per questo titolo contro il venditore, perchè, anche supponendo che gli abitanti fossero nel loro diritto, non potevano farsi giustizia da sè stessi. Questa pretesa giustizia è una via di fatto (1).

220. Non basta che il compratore sia spossessato legalmente; perchè abbia diritto alla garanzia, bisogna che l'evizione proceda da una causa anteriore alla vendita. Il codice non lo dice, ma questa condizione risulta dalla natura stessa della garanzia. Se, al momento della vendita, non esisteva alcuna causa d'evizione, ne risulta che il venditore ha soddisfatto alla sua obbligazione di rendere il compratore proprietario. Egli non può essere responsabile di ciò che avviene dopo la perfezione della vendita, perchè non vi ha più alcun vincolo d'obbligazione fra lui e il compratore (2).

Questo suppone che la spogliazione del compratore sia estranea al venditore. Ne consegue che, se il compratore è evitto per una causa posteriore alla vendita, ma che procede dal fatto del venditore, vi ha luogo a garanzia, perchè il venditore manca alla più essenziale delle sue obbligazioni, quella di non molestare egli stesso il compratore che deve garantire contro ogni molestia. Io vendo oggi un immobile a Pietro che non trascrive immediatamente l'atto di vendita. Domani vendo lo stesso immobile a Paolo, il quale fa la trascrizione. Egli è proprietario a riguardo dei terzi, e può rivendicare l'immobile contro il primo acquirente. Questi sarà evitto pel fatto del venditore che si è obbligato a trasferirgli la proprietà e che manca a questa obbligazione. L'evizione procede da una causa posteriore alla vendita, ma imputabile al venditore. Dunque questi deve la garanzia (3).

221. Quando la causa è anteriore alla vendita? Pothier dice che il venditore risponde delle evizioni di cui esisteva una causa o per lo meno un *germe* fin dal tempo della vendita. Uno dei nostri buoni scrittori critica, e giustamente, questa specie di definizione (4). Che cosa è un *germe*, in diritto? È un'espressione metaforica estranea al linguaggio rigoroso della nostra scienza, e nulla è più pericoloso di queste vaghe parole, che non presentano alcun significato preciso. Esse son fatte per indurre

---

(1) Rigetto, 7 febbraio 1822 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 796).
(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 92.
(3) POTHIER, *Vendita*, n. 91. AUBRY e RAU, t. IV, p. 374, nota 15, § 355.
(4) POTHIER, *Vendita*, n. 86. DUVERGIER, t. I, p. 374, n. 314.

in errore. Gli esempi dati da Pothier provano che occorre più che un germe, occorre che il diritto sia preesistito alla vendita. Vi ha luogo a garanzia quando il venditore vende una cosa che non gli appartiene, che è ipotecata o colpita da un diritto qualsiasi, quand'anche non ancora aperto, ma che possa dare un giorno a qualcuno un'azione per farsi rilasciare la cosa venduta.

222. Secondo questo principio, bisogna decidere che una prescrizione cominciata al momento in cui si fa la vendita e compita posteriormente non dà luogo a garanzia. La ragione si è che una prescrizione cominciata non è un diritto, ma una semplice speranza che può svanire da un momento all'altro coll'interruzione. Dunque il venditore trasmette la piena proprietà al compratore. Spetta a costui vegliare poi ai suoi diritti (1). Non occorre insistere troppo su quest'ultimo motivo. È una considerazione di fatto o d'equità. Quand'anche non esistesse, vale a dire quand'anche la prescrizione fosse quasi compiuta, di modo che l'acquirente, in fatto, non avesse potuto interromperla, il venditore non sarebbe tuttavia tenuto alla garanzia. In diritto, la cosa non ammette dubbio, il che è decisivo, perchè l'interprete non può riconoscere un'eccezione fondata sull'equità. Soltanto il legislatore ha questo diritto (2).

La giurisprudenza è decisiva. È stato giudicato che la prescrizione cominciata al momento della vendita dà luogo a garanzia. Citiamo la decisione perchè la Corte di Bordeaux s'è lasciata trarre in inganno dal linguaggio inesatto di Pothier. Nella specie, si obbiettava che dovevano decorrere ancora otto anni per il compimento della prescrizione, il che permetteva al compratore di interromperla. La Corte risponde che il venditore risponde delle evizioni di cui esisteva una causa o per lo meno un *germe*, secondo l'espressione di Pothier, fin dal tempo del contratto di vendita. La sentenza soggiunge potersi anche dire che la causa procedeva dal fatto del venditore, poichè questi vendeva una cosa di cui non godeva più da ventiquattro anni (3). Le persone estranee al diritto ragionano così: un *germe* non è una *causa*, e il fatto di non godere d'una cosa non toglie al proprietario il suo diritto, poichè egli può immediatamente farlo valere rivendicandolo. Il compratore aveva lo stesso diritto, era quindi proprietario in forza della vendita, il che esclude la garanzia.

223. In caso di purgazione, ogni creditore ipotecario inscritto può domandare che l'immobile che il compratore vuol purgare sia messo all'asta, il che condurrà all'evizione (art. 2185. Legge

---

(1) TROPLONG, *Della vendita*, p. 230, n. 425.
(2) In senso contrario, AUBRY e RAU, t. IV, p. 375, nota 18, § 355.
(3) Bordeaux, 4 febbraio 1831 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 933, 2.°). In senso contrario, Bourges, 4 febbraio 1823 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 826).

ip. art. 115). Si domanda se, per questo titolo, il compratore avrà un'azione in garanzia contro il venditore. L'affermativa non è dubbia, perchè per adire all'asta il creditore deve avere un titolo anteriore alla trascrizione della vendita, e questo titolo gli dà il diritto di adire all'asta come gli dà il diritto di chiedere l'espropriazione dell'immobile. L'evizione ha dunque luogo in forza d'una causa anteriore.

La dottrina è in questo senso. La giurisprudenza è divisa. Troplong rimprovera assai amaramente alla Corte di cassazione d'aver deciso, con una sentenza del 1808 e senza motivare la sua decisione, che l'offerire all'asta dà adito alla garanzia. È, egli dice, decidere la questione colla questione. La Corte ha torto, senza dubbio, ma quando si accusa la Corte di cassazione di non motivare, si dovrebbero, almeno, esporre validi argomenti. Ora, Troplong s'inganna dicendo che l'offerta all'asta proviene da un fatto personale al venditore, il quale può, disinteressando il creditore, impedire l'evizione. Non pagare i proprii debiti non è un fatto, e sopratutto non è un fatto personale, perchè non paga i suoi debiti chi vuole, ma chi può. Un fatto personale è un atto intieramente libero, da cui il venditore poteva e doveva astenersi. Vi ha un motivo più semplice e che è decisivo, cioè che il diritto del creditore è anteriore alla vendita, il che Troplong sembra non ammettere, e in ciò s'inganna ancora (1).

224. La spogliazione risultante dal fatto del principe dà luogo alla garanzia? Per fatto del principe s'intende un atto del potere sovrano col quale un proprietario è spogliato della cosa che gli appartiene. Quando questo atto è un abuso della sovranità costituisce una via di fatto, anche se emanasse da colui che è investito della podestà sovrana. Di solito, l'espressione *fatto del principe*, s'interpreta in questo erroneo significato. È evidente che una simile spogliazione non dà alcun diritto al compratore, perchè egli era proprietario in forza della vendita, e se ne è spogliato, ciò accade per un atto di violenza contro il quale, a dir vero, non ha alcun ricorso, ma non può prendersela col venditore. La causa sta nella mancanza di garanzie contro l'abuso del potere sovrano. Per fatto del principe s'intende ancora un cambiamento di legislazione che modifica o distrugge certi diritti di proprietà. Ne abbiamo un esempio celebre nelle leggi della rivoluzione che hanno abolito la feudalità. I diritti feudali erano una proprietà? Nel 1790 si consideravano come aventi la loro origine nell'abuso della forza. Abolendoli, l'Assemblea costituente credette ritornare al vero diritto che la podestà feudale aveva calpestato. La legge dei 15-28 marzo (tit. II, art. 36) decise che coloro i quali

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 383, n. 321. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, nn. 828 e 829. Cfr. TROPLONG, p. 230, n. 426.

avevano acquistato, per vendita o altro titolo, diritti feudali aboliti non avrebbero alcun regresso contro i loro venditori, ma la legge rispettò il principio che il venditore è tenuto pe' suoi fatti personali statuendo che gli acquisitori di beni feudali avrebbero un'azione contro lo Stato venditore, non potendo lo Stato consevare il prezzo delle cose di cui esso stesso spogliava i compratori. Duvergier dice, a questo proposito: « Così, malgrado l'esaltazione del tempo, *malgrado la preponderanza giustamente accordata col diritto politico,* in simili circostanze, i principii del diritto civile furono rispettati » (1). Se per *la preponderanza del diritto politico* l'autore intende che l'Assemblea costituente aveva il potere d'abolire i diritti feudali, quantunque fossero una proprietà, noi non siamo del suo parere. La proprietà è inviolabile, e se la proprietà feudale andava abolita pei suoi abusi, bisognava espropriare i proprietari. La podestà sovrana non ha diritto di spogliarli. Non vi ha diritto contro il diritto.

Anche la giurisprudenza rifiuta ogni azione in garanzia a coloro la cui proprietà è abolita da un cambiamento di legislazione (2). Quando è il principe che, in forza del suo potere assoluto, abolisce un diritto, l'atto ha un carattere odioso, donde viene che si prende in cattiva parte l'espressione *fatto del principe.* Però non si può condannare *a priori*, come un abuso della sovranità, ogni atto emanante da un principe che gode del potere assoluto. Può darsi che la decisione sia giusta, e se è fondata sopra un diritto preesistente, bisogna *applicare* il principio della garanzia. È la dottrina degli scrittori, e la Corte di cassazione l'ha applicata in un caso notevole. Gerolamo Napoleone, re di Westfalia, durante la dominazione di suo fratello, concesse un feudo ad uno de' suoi ministri creandolo conte di Fürstenstein. Più tardi statuì che tutti i feudi erano convertiti in franchi allodii, di modo che i pessessori potevano alienarli liberamente. Il conte di Fürstenstein vendette, in conseguenza, al barone di Boucheporn la terra d'Immichenhain compresa nella dotazione che aveva ricevuto dal re. Dopo la caduta dell'impero, l'elettore di Hesse, rientrato nei suoi Stati, emanò un'ordinanza che dichiarò nulle e come non avvenute tutte le alienazioni e modificazioni di feudi appartenenti alla casa elettorale fatte dall'ex re di Westfalia. Di qui un'azione in garanzia dei figli Boucheporn contro i figli Fürstenstein. Il tribunale della Senna accolse la domanda, ma, in appello, la Corte di Parigi decise che l'evizione subita dall'acquirente era un fatto di forza maggiore, posteriore al contratto di vendita, e al quale non poteva applicarsi la garanzia ordinaria di diritto.

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 378, n. 315.

(2) Rigetto, sezione civile, 27 piovoso anno XI (DALLOZ, v. *Vente*, n. 812, 1.°). Cfr. rigetto, 24 luglio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 429).

Questa sentenza fu cassata per mancanza di motivi. La Corte d'Orléans, alla quale la causa fu rinviata, confermò la sentenza del tribunale di prima istanza. Fu prodotto un nuovo ricorso. La Corte di cassazione pronunciò una sentenza di rigetto. L'ordinanza dell'elettore non costituiva un abuso di potere, ma era fondata sul diritto preesistente che il re di Westfalia non aveva il potere di modificare nè d'abolire, poichè si trattava d'una proprietà. Bisognava dunque applicare la regola secondo la quale il venditore è garante quando la causa della spogliazione sia anteriore alla vendita (1).

N. 2. — Chi è tenuto alla garanzia.

225. A termini dell'art. 1826, il venditore è tenuto di diritto a garantire il compratore dell'evizione che soffre. Dunque l'obbligazione di garanzia incombe ad ogni venditore. La legge non esige che vi sia mala fede o colpa. Le conseguenze della garanzia sono diverse, come diremo più avanti, secondo che il venditore è di buona o di mala fede (articoli 1635 e 1636), ma anche questo prova che il venditore deve la garanzia, quantunque sia di buona fede e non gli si possa rimproverare alcuna colpa (2). La ragione è semplice. Il venditore deve la garanzia, perchè l'evizione prova ch'egli non ha adempito l'obbligazione che gli incombe di trasferire la proprietà della cosa venduta. Legalmente egli è in colpa pel fatto solo che vende senza essere proprietario. Questo è decisivo. Vedremo un'applicazione del principio in una questione molto controversa.

226. Vi ha luogo alla garanzia nella vendita per espropriazione forzata? E chi è garante? La questione è controversa e dubbia. Nell'antico diritto si ammetteva che il debitore staggito non fosse tenuto a garanzia. Pothier non dà alcun motivo in appoggio di questa opinione, e la ragione allegata da Troplong non è fatta per darle credito. Il debitore staggito non è venditore, egli dice, ma si trova spogliato, suo malgrado, della sua proprietà. A propriamente parlare, è l'autorità giudiziaria che vende (3). Abbiamo già incontrato più d'una volta questo strano concetto che sia l'autorità giudiziaria che vende i beni sequestrati ed espropriati. Vi ha vendita, non si può negarlo, poichè la legge lo dice al titolo dell'*Espropriazione* (art 2205, 2206, 2209, 2211, 2213). L'art. 1597 considera l'aggiudicatario come un compratore, e quindi deve esservi un venditore. E chi sarebbe il venditore se non il debitore staggito, il quale è considerato come proprietario? Se vi ha vendita, deve essere retta dai principii che governano la

(1) Rigetto, 14 aprile 1830 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 813).
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 377, § 355.
(3) TROPLONG, p. 234, n. 342. Egli dice che l'opinione contraria è irriflessiva.

vendita, a meno che non vi sia una deroga nella legge. Quando il codice vuol fare un'eccezione al diritto comune per le vendite giudiziarie, lo dice espressamente. Così l'art. 1649 reca che la garanzia dei vizii redibitorii non ha luogo nelle vendite giudiziali, e, secondo l'art. 1684, la rescissione per causa di lesione non ha luogo in tutte le vendite che non possono farsi se non coll'autorità giudiziaria. Le eccezioni confermano la regola. La regola è dunque che le vendite giudiziali sono rette dal diritto comune. L'opinione contraria ammette un'eccezione senza testo, o, in altri termini, fa la legge (1). La giurisprudenza è in questo senso (2).

Vi ha però un motivo di dubitare, per la natura speciale della vendita nella espropriazione forzata. Il venditore è tenuto, in caso d'evizione, a restituire il prezzo, e deve inoltre i danni ed interessi. Si concepisce che il debitore esecutato debba restituire il prezzo, perchè i denari sono stati distribuiti ai suoi creditori. Gli è come se fossero stati pagati nelle sue mani. Egli ne ha approfittato, e non può arricchirsi senza causa a danno dell'aggiudicatario. Ma gli è altrimenti dei danni ed interessi. Essi suppongono una colpa qualunque. Ora, il debitore esecutato non rappresenta alcuna parte nell'espropriazione, egli è passivo, non promette nulla, non consente a nulla. Dunque la base dei danni ed interessi manca. Se ne conchiude che l'aggiudicatario non può, per regola generale, reclamare danni ed interessi contro il debitore esecutato, a meno che questi non abbia domandato, conformemente al codice di procedura (articolo 743 e seg.), che l'espropriazione sia convertita in vendita giudiziale volontaria. In questo caso, egli è venditore e tenuto alle obbligazioni di chi vende ciò che non gli appartiene. Si ammette ancora un altro caso nel quale il debitore esecutato sarebbe tenuto alla garanzia, quando, cioè, diffidato a prendere comunicazione del capitolato e a fare le sue osservazioni, tace. Il suo dovere era di dichiarare che l'immobile esecutato non gli appartiene, o che è gravato da qualche peso. Non protestando, egli aderisce tacitamente alla vendita, e deve, per conseguenza, garanzia al compratore (3). Queste distinzioni sono ingegnose, ma può l'interprete farle? Ne dubitiamo. Esse costituiscono un'eccezione alla regola dell'art. 1626, eccezione modificata da certe restrizioni. A nostro avviso, il legislatore solo ha questo diritto. Tutta intiera la teoria ci pare extra legale. Essa si fonda sopra un principio che è estraneo al codice, poichè suppone che il venditore non è tenuto ai danni ed interessi se non

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 415, n. 345.

(2) Vedi le sentenze citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 376, nota 22, § 355. Gli è lo stesso della vendita per licitazione giudizialmente fra maggiori e minori. Rigetto, sezione civile, 8 giugno 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 209).

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 104, n. 76 *bis* V e VI. Cfr. DURANTON, t. XVI, p. 282, n. 265.

perchè vi ha una colpa da rimproverargli. Ora, tale non è il principio del codice civile (n. 225). Questa dottrina si pone fuori della legge anche sotto un altro rapporto. Essa ammette la garanzia per la restituzione del prezzo, non l'ammette per i danni ed interessi. Ma di tal guisa si scinde la legge e, per conseguenza, la si modifica. Bisogna stare alla regola dell'art. 1626, perchè la legge non vi deroga.

227. L'aggiudicatario evitto ha un'azione contro il creditore procedente? La negativa è così evidente che non si concepisce come sia stato giudicato il contrario. Il creditore è forse venditore? Come lo sarebbe mentre agisce come creditore, vale a dire in forza del diritto di garanzia che ogni creditore ha sui beni del debitore, o in forza del suo diritto ipotecario? Il proprietario solo può vendere, perchè egli solo può trasferire la proprietà. Questo basta per decidere la questione in favore del creditore procedente. È l'opinione degli scrittori, e la giurisprudenza ha finito col pronunciarsi in questo senso (1). Però vi sono molte sentenze che condannano il creditore procedente ai danni ed interessi a profitto dell'aggiudicatario. Il procedente può aver commesso una colpa. Se ne risulta un danno per l'aggiudicatorio, questi potrà certamente agire contro il creditore. Ma lo potrà in virtù della garanzia? Vi hanno sentenze le quali si valgono di questa espressione. Essa è inesatta, perchè ha fatto credere che il creditore procedente sia garante dell'evizione. Bisogna dire, come fa la Corte di cassazione, ch'egli è responsabile in forza dell'art. 1382, a termini del quale qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga colui per colpa del quale il fatto è avvenuto a risarcire il danno. Quando vi ha colpa? Abbiamo esposto i principii al titolo delle *Obbligazioni*. È inutile citare sentenze, poichè sono decisioni di fatto. La materia, d'altronde, esce dall'orbita del nostro lavoro (2).

228. Un'altra difficoltà si presenta in questa materia. Il regresso che l'aggiudicatario ha contro il debitore esecutato sarà il più delle volte inefficace, per l'insolvibilità di colui i beni del quale sono venduti mediante espropriazione. Si domanda s'egli può ripetere contro i creditori il prezzo che ha pagato nelle loro mani. L'affermativa ci pare certa. Quando l'aggiudicatario è evitto, non è più compratore, non è più debitore del prezzo. Egli ha dunque pagato ai creditori ciò che loro non doveva, ha pagato per errore, poichè si credeva debitore. Ne consegue ch'egli ha l'azione di ripetizione dell'indebito Si obbietta che i creditori ricevono ciò che è loro dovuto Senza dubbio, ma ciò non toglie che vi sia pagamento indebito da parte dell'aggiu-

(1) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 832 e 833, e le autorità citate da AUBRY e RAU, t IV, p. 376, nota 22, § 355.
(2) Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 839-841.

dicatario. È il caso previsto dall'art. 1377: « Quando una persona, che per errore si credeva debitrice, ha pagato un debito, ha il diritto della ripetizione contro il creditore ». Alla loro volta, i creditori possono invocare contro l'aggiudicatario l'eccezione che l'art. 1377 accorda al creditore che riceve ciò che gli è dovuto da una persona che non è debitrice. Se essi hanno soppresso il loro titolo in conseguenza del pagamento, non sono tenuti a restituire ciò che è stato loro pagato. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questi punti (1).

N. 3. — Chi ha l'azione in garanzia?

229. Il venditore deve garantire il compratore dell'evizione. È dunque il compratore che ha diritto di chiedere la garanzia, e siccome si stipula non soltanto per sè, ma anche per i proprii eredi, l'azione in garanzia passa ai successori universali del compratore (art. 1122). Su questo punto non vi ha alcun dubbio. A termini dell'art. 1122, si presume che ciascuno abbia stipulato pei suoi aventi causa, il che comprende i successori a titolo particolare. Questo principio è applicabile alla specie, quantunque il diritto alla garanzia sia un diritto di credito, ma questo diritto si trasmette per via di cessione. Dunque il compratore può cederlo a un subacquirente. Non è nemmeno necessario ch'egli faccia questa cessione mediante una clausola formale del contratto. Infatti, sta il principio, come dice Pothier, che il venditore si ritiene vendere e trasmettere al compratore tutti i diritti ed azioni che tendono a far avere la cosa, vale a dire tutti i diritti che consolidano e assicurano la proprietà del compratore. Ciò non è contestato quando il compratore ha rivenduto la cosa, o l'ha trasmessa a un titolo oneroso qualunque che l'obbliga alla garanzia (2). La sola difficoltà che si presenta consiste nel sapere se l'ultimo compratore può agire direttamente contro il venditore primitivo, o se deve agire contro di lui esercitando i diritti del suo autore, in forza dell'art. 1166. La questione è molto importante per il subacquirente, perchè, s'egli esercita l'azione dell'art. 1166, deve dividerne il beneficio cogli altri creditori del venditore, mentre approfitta da solo dell'azione diretta. In diritto, la soluzione non ci pare dubbia. Il primo compratore trasmette al secondo tutti i diritti che ha relativamente alla cosa venduta, e quindi anche l'azione in garanzia. Ne consegue che il secondo compratore,

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 376, nota 24, § 355. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 107, n. 76 *bis* VIII, e la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 835-837.

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 97. AUBRY e RAU, t. IV, p. 376 e nota 25, § 355.

esercitando la garanzia, agisce contro il venditore in virtù d'un diritto suo proprio, e non in virtù del diritto del suo venditore, il che è decisivo. L'equità è d'accordo col diritto. La garanzia è stabilita unicamente nell'interesse dell'acquirente; il diritto del compratore non può divenire la garanzia dei creditori del venditore Ciò non si comprende nemmeno, perchè pel venditore la garanzia è un'obbligazione, e non vi sono che i diritti del debitore che siano colpiti dalla garanzia dei suoi creditori. È questa l'opinione generale, che trovasi pur consacrata dalla giurisprudenza (1).

230. Non vi ha qualche difficoltà che nell'ipotesi seguente. Supponiamo che l'ultimo acquirente sia un donatario. Egli non ha azione in garanzia contro il suo autore, poichè, il donante non garantisce dall'evizione. Non avendo l'azione in garanzia in virtù del proprio titolo, si potrebbe credere ch'egli non possa agire contro il primo venditore. Era l'opinione di Pothier il quale poneva, a questo riguardo, il principio che segue. Se, egli dice, il compratore non è tenuto a proteggere contro l'evizione colui al quale ha trasferito la cosa venduta, non ha interesse ad esercitare egli medesimo un regresso contro il suo venditore. Dunque l'evizione non può dar luogo all'azione in garantia. Ora, tale è la condizione del compratore che fa donazione della cosa venduta. A nostro avviso, la questione è posta male. Il compratore che ha donato non è in causa, perchè il donatario non agisce contro di lui. Inoltre, il donatario non esercita il diritto del compratore, ma sibbene come cessionario del suo autore. La difficoltà si riduce dunque a questo. Il donatario è cessionario? Questa non è una questione. Infatti, il donante, al pari del venditore, trasmette tutti i diritti che ha relativamente alla cosa donata. Egli cede dunque al donatario la sua azione in garanzia. Pothier esigeva una cessione formale delle azioni. Non è questa una reminiscenza del diritto romano, che esigeva una cessione delle azioni per il trasferimento dei diritti? In diritto francese, il contratto di vendita trasmette i diritti come ogni cosa pel solo effetto del concorso di volontà. Dunque il compratore che dona non ha bisogno di cedere le azioni, egli le cede per la sola forza del contratto (2).

Quello che diciamo del donatario s'applicherebbe anche a un compratore che, in forza delle clausole del contratto, non avesse l'azione in garanzia contro il suo venditore. Egli potrebbe però agire contro il venditore primitivo. Infatti, il suo autore, pur

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 84, n. 61 *bis* II e le autorità citate da Aubry e Rau, t. IV, p. 376, nota 26, § 355. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Vente*, nn. 932-935. Bisogna aggiungere Bruxelles, 6 maggio 1872 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 126).

(2) Vedi, in senso diverso, le autorità citate da Aubry e Rau, t. IV, p. 376, nota 26, § 255. Cfr. Pothier, *Della vendita*, n. 97.

stipulando che non sarà tenuto alla garanzia, trasmette all'acquirente tutti i diritti che ha sulla cosa, e quindi anche la sua azione in garanzia contro il primo venditore. La Corte di cassazione ha giudicato così (1).

N. 4. — Come si esercita la garanzia.

231. Il compratore può agire contro il venditore dal momento che è molestato con un'azione di rivendicazione o con un'altra azione che compromette tutti o parte dei suoi diritti. Egli può anche aspettare che l'evizione sia consumata e intentare allora un'azione principale contro il venditore. Abbiamo già detto che il compratore è interessato a chiamare in causa il venditore perchè prenda la sua difesa. Si procede, in questo caso, conformemente al codice di procedura (2) (articolo 175 e seg.).

232. Se la difesa riesce, si presenta una difficoltà. L'acquirente molestato ottiene danni ed interessi contro l'autore della molestia. Può egli reclamarli contro il venditore a titolo di garante? No, perchè il venditore ha adempito la sua obbligazione difendendo il compratore e facendo cessare la molestia. Ora, il venditore che ha adempito le sue obbligazioni non può essere tenuto ai danni ed interessi. Se il venditore dovesse sopportare i danni ed interessi aggiudicati al compratore, sarebbe responsabile d'una molestia di fatto, il che è contrario ad ogni principio. Così è stato giudicato dalla Corte di cassazione (3).

Che dovrà dirsi quanto alle spese? Il motivo che abbiamo dato per i danni ed interessi sembra applicabile anche alle spese. Metterle a carico del venditore significa renderlo indirettamente responsabile delle vie di fatto. Tuttavia la Corte di cassazione ha giudicato che le spese devono essere rimborsate dal venditore. Gli autori si pronunciano nello stesso senso. Vi ha una considerazione che ci pare decisiva in favore di questa opinione. A termini del codice di procedura (art. 182), il compratore può domandare di essere posto fuori di causa. In questo caso, la lite continua fra il venditore e l'autore della molestia, e, per conseguenza, il venditore sarà esposto soltanto ai rischi concernenti le spese. Vi ha la stessa ragione di decidere se il compratore rimane in causa. Ma non vi è contraddizione nello sciogliere il venditore dei danni ed interessi, quando si mettono a suo carico le spese? No, egli deve prendere la difesa del

(1) Duvergier, t. I, p. 411, n. 343.

(2) Duranton, t. XVI, p. 284, n. 267 e seg. Duvergier, t. I, p. 408, n. 383 e seguenti.

(3) Rigetto, 25 giugno 1822 (Dalloz, v. *Vente*, n. 969).

compratore, e quindi le spese della difesa non possono stare a carico di questo, ma l'obbligazione del venditore s'arresta alla difesa ed alle spese della medesima. Se il compratore ottiene la rifazione dei danni contro l'autore della molestia, ciò avviene perchè questi era carente di diritto. Si trattava quindi di una via di fatto. Ora, per le vie di fatto, il compratore non può mai ricorrere contro il venditore, ma ha azione soltanto contro l'autore della molestia (1).

233. Se la difesa non riesce, il venditore deve indennizzare il compratore dell'evizione che soffre. Le sue obbligazioni sono diverse secondo che l'evizione è totale o parziale.

N. 5. — Dell'evizione totale.

I. — Restituzione del prezzo.

234. « Se l'acquirente è evitto, ha diritto di domandare contro il venditore: 1.° La restituzione del prezzo ». Il venditore deve restituire il prezzo a titolo di danni ed interessi? No. Il compratore si obbliga a pagare il prezzo per acquistare la proprietà della cosa che il venditore assume di trasmettergli. Se il venditore non gli trasferisce la proprietà, l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo non ha più causa. Dunque, se lo ha pagato e sia evitto, il venditore non ha più alcun diritto al prezzo, e lo riterrebbe senza causa. Gli è quindi per aver pagato il prezzo senza causa che il compratore lo ripete contro il venditore, e questi deve restituirlo, perchè non ha alcun motivo legale di ritenerlo. Tale è la dottrina di Dumoulin, che Pothier ha seguíto e che il codice ha consacrato nell'art. 1631, come diremo più avanti. L'equità è d'accordo col diritto. Il venditore deve restituire tutto ciò che ha ricevuto dal compratore, perchè nessuno può arricchirsi a spese altrui. Questa regola d'equità sarebbe violata se il venditore, senza causa alcuna, conservasse il prezzo od una parte del prezzo (2). Ne consegue che il compratore può ripetere il prezzo anche quando non avesse diritto ai danni ed interessi. Tale è il compratore il quale sa che la cosa venduta non appartiene al venditore (art. 1599). Così pure quando le parti hanno stipulato che il venditore non sarà tenuto ad alcuna garanzia, egli è tuttavia tenuto alla restituzione del prezzo (art. 1639). Ritorneremo su questo punto.

Non bisogna dunque confondere l'obbligazione di restituire il

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 480, n. 386. Rigetto, 25 giugno 1822 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 969). In senso contrario, Grenoble, 30 novembre 1834 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 971).

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 69. AUBRY e RAU, t. IV, p. 377, nota 30, § 355. DURANTON, t. XVI, p. 303, n. 281.

prezzo coll'obbligazione di garanzia. La Corte di Douai ha stabilito benissimo la distinzione in un caso in cui il compratore era decaduto dall'azione in garanzia, perchè era personalmente responsabile del fatto che aveva dato luogo all'evizione. Ma non per questo non aveva diritto alla restituzione del prezzo. Il venditore doveva restituire il prezzo, perchè aveva venduto una cosa che non gli apparteneva. Non avendo diritto alla cosa, non poteva aver diritto al prezzo, e, alla sua volta, il compratore, evitto della cosa venduta, non poteva dovere il prezzo. Non trasferendo la proprietà della cosa al compratore, il venditore manca all'obbligo che contrae di rendere il compratore proprietario. Questi può dunque domandare la risoluzione del contratto. Da ciò la Corte di Douai conchiude che l'evizione produce lo stesso effetto della risoluzione del contratto. Essa rimette le cose nel medesimo stato come se la vendita non fosse esistita (1). È questo appunto, a nostro avviso, il vero principio, ma il codice non l'ha sempre applicato in tutte le sue conseguenze.

235. Il venditore deve restituire gl'interessi del prezzo e il compratore i frutti che ha percetto? Nessuna disposizione della legge obbliga le parti a fare questa restituzione. Il n. 2 dell'art. 1630 implica, al contrario, che il compratore, nei suoi rapporti col venditore, conserva i frutti. Egli può domandarne la restituzione al venditore quando deve renderli al proprietario che lo evince, la qual cosa suppone che, se non deve restituirli al proprietario, non ha alcuna azione, per questo titolo, contro il venditore. La ragione si è ch'egli trattiene i frutti, senza dubbio perchè il venditore trattiene gli interessi. È questa una deroga al principio della risoluzione. Essa si spiega col sistema che il codice segue in quanto riguarda gli interessi e i frutti. Il compratore deve gli interessi del prezzo quando la cosa venduta e consegnata produce frutti o altri redditi. Si reputa dunque che gli interessi rappresentino i frutti, sebbene generalmente essi siano più elevati. In applicazione di questo principio, gli interessi riscossi dal venditore si compensano coi frutti o redditi percetti dal compratore quando vi ha evizione. Questa compensazione presenta un vantaggio, quello di eliminare ogni difficoltà relativa alla quantità dei frutti che il compratore ha percetti e gli interessi che avrebbe potuto percepire.

Vi ha però un caso in cui il compratore potrebbe reclamare gli interessi. Supponiamo che la cosa venduta non produca frutti. Non potendo farsi la compensazione che la legge stabilisce implicitamente, ne risulta che il compratore è in perdita. Il venditore ha percetto gl'interessi d'un prezzo al quale non aveva diritto. Poichè l'evizione rimette le cose nello stato come se la vendita non avesse avuto luogo, bisogna conchiu-

---

(1) Douai, 18 aprile 1853 (DALLOZ, 1856, 2, 147).

derne che il venditore deve restituire gl'interessi che ha percetti (1).

236. Se il venditore cede il suo diritto al prezzo e il compratore lo paga al cessionario, avrà contro costui l'azione in garanzia? È stato giudicato che il compratore evitto può ripetere contro il cessionario ciò che ha pagato (2). Non ci pare dubbio. Infatti, l'evizione risolve la vendita. Dunque il compratore non è mai stato debitore del prezzo, e il cessionario non è stato creditore d'un prezzo che non esiste. Il pagamento essendo stato fatto per errore, vi ha luogo alla ripetizione dell'indebito. Ma le Corti che hanno giudicato così sembrano ammettere che l'azione del compratore contro il cessionario sia un'azione in garanzia. Ciò non è esatto. Il venditore può ben cedere il suo diritto al prezzo, ma non può cedere la sua obbligazione di garanzia. Si cedono i diritti, non si cedono le obbligazioni. Il venditore resta dunque garante, il cessionario non lo diviene. Per conseguenza, l'azione in garanzia propriamente detta non spetterà al compratore che contro il venditore.

237. L'ultimo acquirente ha un'azione diretta contro il venditore primitivo (n. 229). Quale è il prezzo ch'egli può reclamare da lui? Si supponga che il primo venditore evitto abbia venduto per diecimila lire, e che il subacquirente evitto abbia comperato per seimila lire. Può egli reclamare il prezzo più elevato come cessionario del compratore primitivo? No, il compratore evitto non può mai reclamare che il prezzo sborsato. E questo prezzo che ha pagato senza causa, è quindi questo prezzo ch'egli può ripetere. Invano si direbbe ch'egli è cessionario dei diritti del primo compratore, e che a questo titolo può esercitare tutti i suoi diritti. È vero che il compratore che rivende cede al subacquirente il suo diritto alla garanzia, ma non gli cede gli effetti che la garanzia produrrebbe in suo favore se fosse evitto, perchè egli non è evitto, e quindi non può cedere i diritti che nascono dall'evizione. L'evitto è il subacquirente, e quindi i diritti scatenti dall'evizione si verificano a lui favore. Sarebbe così anche quando il subacquirente si facesse surrogare nei diritti del suo venditore. Questa surrogazione non gli dà altro diritto che la vendita, perchè il venditore non può surrogarlo se non nei diritti che possiede, e, al momento in cui vende, egli ha un solo diritto, quello dell'azione di garanzia in caso d'evizione. Quanto agli effetti della garanzia, essi sono determinati dalla situazione di colui che è evitto, vale a dire del subacquirente.

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 300, n. 282. Douai, 10 aprile 1840 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1002).

(2) Parigi, 5 febbraio 1845 (DALLOZ, 1848, 2, 86). Rouen, 14 aprile 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 140).

La cosa è evidente quanto ai danni ed interessi che può reclamare per spese utili che avesse fatte. È pure evidentissima riguardo al prezzo da lui pagato. Se insistiamo sopra un punto che ne sembra manifesto, lo facciamo perchè Pothier si è lasciato indurre in errore. La nostra opinione è quella degli scrittori, ed è pure consacrata dalla giurisprudenza (1).

238. « Quando, al tempo dell'evizione, la cosa venduta si trova diminuita di valore, o considerevolmente deteriorata, sia per negligenza del compratore, sia per casi di forza maggiore, il venditore sarà tuttavia tenuto a restituire la totalità del prezzo ». È questa l'applicazione del principio formulato da Dumoulin e seguito da Pothier, a cui fu tolto dagli autori del codice. Il compratore ha diritto alla restituzione del prezzo, non a titolo di danni ed interessi, ma perchè l'ha pagato senza causa in caso d'evizione e il venditore lo riterrebbe senza causa. Poco importa dunque la diminuzione di valore della cosa venduta. Questo fatto dovrebbe essere preso in considerazione se si trattasse di danni ed interessi, ma è indifferente trattandosi di una ripetizione fondata sull'inadempimento delle obbligazioni del venditore. Questi non ha diritto al prezzo che per la trasmissione della proprietà della cosa venduta. L'evizione prova ch'egli non ne era proprietario, dunque non ha diritto al prezzo e non ne può ritenere parte veruna (2).

Pothier, secondo la sua abitudine, aggiunge una considerazione d'equità : « È manifestamente contrario all'equità, egli dice, che il mio venditore, il quale si trova in colpa vendendomi una cosa che non gli appartiene e che m'inganna, approfitti di questo per guadagnare a mio carico una parte del prezzo ». Ciò non è sempre vero, perchè suppone che il venditore sia in mala fede. Ora, egli può essere in buona fede e non avere a rimproverarsi colpa alcuna; e tuttavia sarà tenuto a restituire tutto il prezzo. L'equità non ne è offesa, perchè l'equità non permette che il venditore, foss'anche in buona fede, ritenga senza causa una parte del prezzo. Resta a sapere se la decisione della legge è equa per quanto riguarda il compratore. Non vi ha dubbio quando la cosa ha diminuito di valore o si è deteriorata indipendentemente dal fatto suo, per un caso di forza maggiore. Ma la legge soggiunge che il compratore può reclamare la totalità del prezzo anche quando il deterioramento fosse dovuto alla sua negligenza. La negligenza non è forse una colpa? E il compratore può invocare la propria colpa? Si risponde che il compratore ha potuto trascurare legittimamente la cosa venduta e anche deteriorarla, poichè ha dovuto credersi proprietario in forza della vendita, e il proprietario

(1) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. IV, p. 377, nota 28, § 355.

(2) Pothier, *Della vendita*, n. 69. Troplong, p. 267, n. 503. Duvergier, t. I, p. 440, n. 358. Mourlon, t. III, p. 238, n. 251.

può usare ed abusare. La risposta è giusta quando il compratore è in buona fede, ma quando sapeva che la cosa non apparteneva al venditore, non può credersi proprietario: egli sa di non esserlo, e quindi egli deteriora una cosa che appartiene a un terzo. Tuttavia non sarà tenuto alle conseguenze di questa colpa, perchè non ha una colpa a riguardo del venditore. La ragione sta in ciò che il compratore non ha deteriorata la cosa del compratore, ma quella del proprietario. Sarà anche trattato, nella causa di rivendicazione, come possessore di mala fede, ma il venditore non può invocare la colpa del compratore, poichè non è a lui ch'essa reca danno. Però il venditore potrebbe avervi interesse se il proprietario, rivendicando contro il compratore, si facesse pagare il corrispettivo di questi deterioramenti. Il compratore avrebbe, in tal caso, un regresso, per questo titolo, contro il suo venditore? No, dice Pothier, perchè *malitiis non est indulgendum* (1). È questa una considerazione d'equità, ma vi è anche un motivo di diritto. I deterioramenti commessi dal compratore di mala fede costituiscono un fatto dannoso, un delitto civile. Ora, ciascuno risponde del danno che commette col fatto proprio (art. 1382).

L'art. 1632 soggiunge che « se il compratore ha ricevuto un utile dalle deteriorazioni da esso fatte, il venditore ha diritto di ritenere sul prezzo una somma corrispondente all'utile predetto ». Questo suppone che il proprietario rivendicante non si sia fatto pagare queste deteriorazioni, ciò ch'egli non mancherà di fare. Ma può darsi che il compratore sia insolvibile. In tal caso il venditore sarà tenuto, a riguardo del proprietario, alle condanne pronunciate contro il compratore. Egli potrà allora dedurre dal prezzo che restituisce l'importo delle deteriorazioni di cui il compratore ha approfittato. Ecco l'esempio dato da Pothier. Il compratore abbatte un bosco d'alto fusto che vale diecimila lire. Il proprietario lo evince e lo fa condannare alla restituzione delle diecimila lire che ha ricevuto per il prezzo del bosco. Se il venditore paga queste diecimila lire al proprietario come garante, non dovrà più restituire al compratore il prezzo se non deduzion fatta delle diecimila lire (2).

239. Il codice non prevede il caso in cui la cosa venduta perisce in parte. Sopra una prateria di due ettari la fiumana ne trasporta uno Il venditore deve restituire tuttavia la totalità del prezzo? L'affermativa ci pare certa, ammesso il principio di Dumoulin. Il venditore non può mai ritenere una parte del prezzo, perchè lo riterrebbe sempre senza causa. Però dobbiamo soggiungere che Dumoulin non dà questa ragione. Egli dice che, in conseguenza della perdita parziale, ciò che resta del fondo venduto è il fondo intiero. Si può dunque dire che tutto

(1) POTHIER, *Della vendita*, nn. 126 e 127.
(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 125.

il fondo è stato evitto. Pothier obbietta che ciò è più sottile che vero. Egli è d'avviso che si debba dedurre il valore della parte del fondo che venne a perire, perchè ciò che è perito non è stato evitto. Sembra a noi che Pothier non sia fedele al suo principio. Ciò che risulta dalla perdita parziale è una diminuzione di valore. Il danno che il compratore prova è, a dir vero, minore, ma Dumoulin e Pothier hanno stabilito in modo indiscutibile che la restituzione del prezzo non è una questione di danni ed interessi. Malgrado la perdita, il compratore ha pagato il suo prezzo senza causa e quindi ha diritto di ripeterlo (1).

240. Può accadere che il venditore non debba restituire il prezzo integralmente. L'art 1632 ne offre un esempio (n. 238). Ve ne sono altri. Se il compratore ha ricevuto dal proprietario che lo ha evitto una indennità per migliorie anteriori all'evizione, il venditore può dedurla dal prezzo, perchè essa fa parte del prezzo. Se il venditore ha egli stesso pagato una indennità al compratore per deficenza di quantità o per oneri che non avesse dichiarato ha diritto di dedurre queste somme dal prezzo che restituisce, perchè ne fanno parte (2). In questi varii casi il compratore ha ricevuto anticipatamente una parte del suo prezzo. Non gli è dovuta che la rimanenza.

II. — Danni ed interessi.

241. L'art. 1630 non stabilisce nettamente la distinzione fra la restituzione del prezzo e i danni ed interessi. Dopo aver detto che il compratore può ripetere il prezzo contro il venditore in forza della garanzia che gli è dovuta, soggiunge ch'egli ha ancora il diritto di domandare la restituzione dei frutti, delle spese, e finalmente i danni ed interessi come pure le spese ed i legittimi pagamenti fatti in dipendenza del contratto. Si confondono così due ordini d'idee. La distinzione è facile ed evidente. Tutto ciò che il compratore ha diritto di reclamare contro il venditore sono i danni ed interessi, ad eccezione del prezzo. È il prezzo solo che vien pagato senza causa in caso d'evizione. E questa la sola cosa di cui il venditore approfitta, poichè è la sola che riceve per l'oggetto di cui deve trasferire la proprietà al compratore. I frutti e le spese vanno a profitto del compratore come conseguenza della vendita, ma non hanno nulla di comune col prezzo. E una perdita che il compratore prova o un guadagno di cui è privato coll'evizione, e conseguentemente

(1) DUVERGIER, t. I, p. 442, n. 359. MARCADÉ, t. VI, p. 272, n. II dell'art. 1635. Cfr. POTHIER, *Della vendita*, n. 155.
(2) POTHIER, *Della vendita*, nn. 120-122, e tutti gli autori (AUBRY e RAU, t. IV, p. 378 e nota 31, § 355).

un danno che risulta dall'evizione e che il venditore deve risarcire. Ne consegue che, se il compratore non ha diritto ai danni ed interessi, perchè ha acquistato scientemente la cosa altrui, non può pretendere alcuna delle prestazioni di cui parla l'art. 1630, eccezion fatta della restituzione del prezzo.

242. Dopo aver enumerato le diverse cause di danni ed interessi ai quali il compratore ha diritto, il codice aggiunge una disposizione generale: « Le altre questioni che possono nascere per la rifusione dei danni ed interessi derivanti al compratore per l'inadempimento della vendita devono essere decise secondo le regole generali stabilite al titolo delle *Obbligazioni* » (art. 1639). Noi abbiamo esposto queste regole altrove (1). Ci resta da spiegare le disposizioni speciali che il codice contiene in materia d'evizione.

1. — Della restituzione dei frutti.

243. « Il compratore ha diritto di domandare contro il venditore la restituzione dei frutti quando sia obbligato di restituirli al proprietario da cui si rivendica la cosa » (articolo 1630, 2.°).

Quando deve il compratore restituire i frutti che ha percetti al proprietario rivendicante? Quando è possessore di mala fede, ed è in mala fede quando possiede in forza d'un titolo di cui conosceva i vizii (articoli 549 e 550). Ora, quando il compratore sa di comperare la cosa altrui, non ha diritto ai danni ed interessi (art. 1599). Accordandogli il diritto di domandare la restituzione dei frutti, l'art. 1630 non è in opposizione colle norme che abbiamo testè ricordato? No, si può conciliare l'art. 1630 coll'art. 1599. Il compratore, nel senso dell'art. 1599, è in buona fede quando, al momento della vendita, crede che la cosa appartenga al venditore. Egli ha dunque diritto ai danni ed interessi ed ai frutti percetti fino all'evizione, quand'anche, durante il corso del suo possesso, avesse cessato d'essere in buona fede apprendendo che la cosa non appartiene al suo venditore. Al proprietario rivendicante egli dovrà restituire i frutti che ha percetti dopo che la sua buona fede è cessata. E in questo caso ch'egli può domandarne la restituzione contro il venditore, perchè, a riguardo del venditore, egli è acquirente di buona fede, e questo basta perchè abbia diritto ai danni ed interessi (2).

---

(1) È stato giudicato, in applicazione di questi principii, che l'acquirente evitto ha diritto ad una indennità per spese di trasloco e pei sacrifici che è costretto a fare allo scopo di procurarsi un alloggio conveniente alla sua professione. Bourges, 5 aprile 1821 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 992, 1.°).

(2) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 238, n. 582.

2. — Della restituzione delle spese.

244. Il venditore deve anzitutto restituire al compratore le spese ed i legittimi pagamenti fatti in dipendenza del contratto (art. 1630, 4°). Sono queste le spese di bollo, gli onorari del notaio, le tasse di registro e di trascrizione. Queste spese costituiscono una perdita pel compratore quando è evitto, poichè non sono state fatte se non per assicurargli la proprietà della cosa venduta. Il venditore deve indennizzarlo di questa perdita in forza dei principii che governano i danni ed interessi (art. 1149).

245. Il venditore deve rimborsare al compratore le spese fatte per la denunzia della lite al suo autore, e quelle sostenute dall'attore principale (art. 1630, 3.°). Quest'ultima disposizione è troppo assoluta. Essa è esatta quando il compratore ha chiamato in causa il venditore non appena venne molestato. La causa procede, in tal caso, contro il venditore. Ma il proprietario può domandare che il compratore rimanga in causa per la conservazione dei suoi diritti. Se, in questo caso, il garante è insolvibile, il compratore sarà costretto a pagare le spese, salvo regresso contro il venditore.

Se il compratore non ha chiamato in garanzia il venditore e la lite continua, le spese alle quali sarà condannato staranno ancora a carico del venditore? No, dice Pothier, altrimenti si potrebbe rovinare il venditore in spese, a sua insaputa. Spetta al venditore vedere se può prendere la difesa del compratore. Se non ha modo d'opporsi alla domanda, è inutile fare spese frustranee. Il compratore dovrà sopportare le spese se ha continuato la causa a suo rischio e pericolo. È sottinteso che lo stesso accade quando il venditore chiamato in causa ha dichiarato di non poter difendere il compratore, e questi ha tuttavia continuata la lite. In tutti questi casi, il venditore deve soltanto le spese della citazione introduttiva del giudizio. Egli non sopporta le spese fatte dal compratore che quando sono state utili alla difesa (1).

3. — Del maggior valore.

246. Il fondo venduto è aumentato di valore dopo la vendita. Fu venduto per diecimila lire e al momento dell'evizione ne vale dodicimila. Il compratore può domandare il maggior valore di duemila lire a titolo di danni ed interessi? Bisogna fare diverse distinzioni. L'art. 1633 suppone che la cosa

(1) Duranton, t. XVI, p. 312, nn. 291 e 292, secondo Pothier, *Della vendita*, nn. 128 e 129. Duvergier, t. I, p. 447, n. 364.

venduta sia aumentata di prezzo al tempo dell'evizione, indipendentemente dal fatto dell'acquirente, e decide che il venditore è tenuto a pagare al compratore ciò che supera il prezzo della vendita. Non vi ha alcuna difficoltà quando il maggior valore deriva dall'aumento progressivo del valore delle proprietà immobiliari. Non si deve distinguere se il venditore è di buona o di mala fede, perchè il debitore di buona fede è tenuto ai danni ed interessi preveduti (art. 1150). Ora, l'aumento di valore che ricevono gl'immobili è un fatto preveduto, poichè è nell'ordine naturale delle cose. Ma che dovrà dirsi se il maggior valore è derivato da una causa ch'era impossibile prevedere? Si deve, in questo caso, distinguere tra il venditore di buona fede e il venditore di mala fede? La questione pare decisa dal testo della legge. Quando la legge vuol fare questa distinzione, lo dice (articoli 1634 e 1635). Se dunque la legge non distingue nel caso dell'art. 1633, è perchè intende mettere il venditore di buona fede alla stessa stregua del venditore di mala fede. Cosi interpretato, l'art. 1633 deroga alla disposizione dell'art. 1150 come è spiegato da Pothier. Questa interpretazione è ammessa quasi da tutti, e pare confermata dall'art. 1639 il quale rimanda alle regole generali sui danni ed interessi pei casi non preveduti dagli articoli che precedono; il che implica che vi ha in questi articoli una deroga al diritto comune, altrimenti sarebbero stati inutili (1).

Pothier era di contrario avviso. Se, egli dice, per circostanze che non si son potute prevedere al momento del contratto, fosse sopravvenuto un immenso aumento di prezzo, il venditore di buona fede non dovrebbe essere condannato a pagare l'intiera somma che vale il fondo al momento dell'evizione, ma soltanto il maggior importo al quale le parti, al momento del contratto, hanno potuto aspettarsi che sarebbero saliti i danni ed interessi (2). Si vede come Pothier insiste sull'immensità della somma alla quale potrebbero elevarsi i danni ed interessi. Ciò dimostra ch'egli si è determinato più per una considerazione d'equità che per un motivo di diritto. Gli autori del codice avevano la sua decisione sotto gli occhi. Invece di riprodurla, hanno formolato la regola in termini che escludono qualunque distinzione.

247. Il compratore che ha diritto ad una indennità per il maggior valore può, inoltre, domandare la restituzione di tutte le spese? Supponiamo che il fondo comperato per centomila lire ne valga centoventimila al momento dell'evizione. Le spese ammontano a diecimila lire. Può egli domandare a un tempo le diecimila lire di spese e le ventimila lire di maggior valore?

---

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 378, nota 34, § 355. È il nostro vol. XVI, n. 249.

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 132, seguito da DUVERGIER, t. I, p. 451, n. 369.

A nostro parere sì, perchè i danni ed interessi comprendono la perdita che il compratore ha fatto, vale a dire le spese ed il guadagno di cui è stato privato, e quindi il maggior valore. Il continuatore di Demante insegna il contrario. Colmet de Santerre vuole che si stabilisca una proporzione mettendo a carico del compratore una parte proporzionale all'indennità ch'egli riceve pel maggior valore. Nella specie, questa proporzione sarebbe d'un sesto. Il venditore non sopporterebbe dunque le spese che per cinque sesti (1). È un sentimento d'equità che ha inspirato questa opinione, ma noi la crediamo contraria alla lettera ed allo spirito della legge. L'art. 1630, 4.°, dà al compratore il diritto di reclamare i danni ed interessi, vale a dire il maggior valore, e gli concede anche di chiedere la restituzione delle spese. Il testo decide dunque la questione. Quanto allo spirito della legge, esso non lascia alcun dubbio. Le spese non hanno nulla di comune col maggior valore. Perchè dunque il maggior valore sarebbe ridotto in forza delle spese?

248. Gli articoli 1634 e 1635 suppongono che il compratore abbia fatto, sulla cosa venduta, dei lavori che ne hanno o non ne hanno aumentato il valore. A determinare i diritti del compratore per questo titolo, la legge distingue la natura dei lavori e se il venditore sia di buona o di mala fede. Vi ha un'altra circostanza di cui bisogna tener conto. Chi evince il compratore ha diritti ed obblighi che noi abbiamo spiegati al titolo della *Proprietà* (art. 555), quando si tratta d'un proprietario che rivendica la sua cosa, e che esporremo al titolo delle *Ipoteche*, quando si tratta di creditori ipotecarii che domandano l'espropriazione contro il terzo possessore (art. 2175, legge ip., art. 103). Se il compratore ha ricevuto delle indennità da colui che lo evince, non può naturalmente ripeterle contro il suo venditore. Questi non è dunque tenuto che ai danni ed interessi che il compratore non ha potuto ottenere contro l'attore.

È in questo senso che l'art. 1634 dice che « il venditore è tenuto a *rimborsare* il compratore o a *farlo rimborsare* da chi ha rivendicato il fondo di tutte le riparazioni e miglioramenti utili che vi avrà fatti ». Dalla combinazione dell'art. 1634 coll'art. 1635 risulta che la prima di queste disposizioni suppone che il venditore sia di buona fede. Questi è dunque tenuto a rimborsare o a far rimborsare dal rivendicante al compratore due sorta di spese, le riparazioni ed i miglioramenti utili. Le riparazioni possono essere spese necessarie. In questo caso, il venditore non è tenuto a riguardo del compratore, avendo questi sempre il diritto, anche se in mala fede, di reclamare le spese necessarie contro colui che lo evince. Se le riparazioni non

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 95, n. 69 *bis* II.

sono necessarie, si confondono coi lavori utili che procurano un miglioramento alla cosa venduta Qui bisogna distinguere se è un creditore ipotecario che espropria la cosa, o se è il proprietario che la rivendica. Il terzo possessore può reclamare contro i creditori ipotecarii le sue spese e miglioramenti fino a concorrenza del maggior valore che ne risulta (art. 2175, legge ip., art. 103). È lo stesso principio dell'art. 1634. Vedremo altrove le difficoltà sulle quali vi ha controversia. Si applicherà dunque alla lettera l'art. 1634. Il venditore rimborserà o farà rimborsare dai creditori ipotecarii il maggior valore risultante dalle spese. L'art. 1634 dice, infatti, i miglioramenti *utili*, vale a dire le spese in quanto sono utili, in altri termini, il maggior valore.

D'ordinario la spesa eccede l'aumento di valore ch' essa produce. Perchè, in questo caso, il venditore non deve rimborsare la spesa? Perchè il compratore non può reclamare che la perdita che soffre. Ora, se avendo speso millecinquecento lire, l maggior valore è di milleduecento, egli non perde che mille e duecento lire. L'eccedenza era perduta per lui prima dell'evizione. Non è questa dunque una perdita che gli fa provare l'evizione. Pothier lo osserva. « Non è nè l'evizione la causa di questa perdita che il compratore ha sofferto, e nemmeno il contratto di vendita, che ne è stato soltanto l'occasione. Questa perdita non ha altra causa che la colpa propria del compratore, il quale ha fatto una pazza spesa che nulla lo obbligava a fare. Egli solo deve sopportarla (1). Al contrario, se il maggior valore fosse maggiore della spesa, essendo questa di milleduecento lire, mentre l'altro è di millecinquecento, il venditore dovrebbe rimborsare al compratore o fargli rimborsare il maggior valore, perchè è questa la perdita che risente il compratore in conseguenza dell'evizione.

Vi ha, sotto questo rapporto, una differenza fra la condizione del proprietario che rivendica e quella del venditore. Il proprietario che rivendica la cosa sua non è tenuto da alcun vincolo d'obbligazione a riguardo del possessore. La legge regola i rimborsi a cui è tenuto, secondo la buona o la mala fede del possessore che ha fatto dei lavori sopra una cosa che non gli appartiene e secondo l'utilità ch'essi procurano al proprietario Se il possessore è di buona fede, il proprietario ha la scelta di rimborsare la spesa o il maggior valore. Siccome d'ordinario la spesa è più forte, il proprietario si contenterà di rimborsare o la spesa o il maggior valore. In questo caso, il compratore evitto non ha alcun reclamo da fare contro il venditore, poichè questi non gli deve che l'aumento di valore. Se la spesa fosse minore della plusvalenza, il proprietario sceglierebbe la spesa. In questo caso, il venditore, che è tenuto più stretta-

(1) Pothier, *Della vendita*, n. 135.

mente, dovrebbe al compratore la differenza fra il maggior valore e la spesa.

Se il possessore è di mala fede, il proprietario può domandare la soppressione dei lavori. Il compratore evitto ha, in questo caso, un regresso contro il venditore? No, quando ha comperato scientemente la cosa altrui, perchè, a termini dell'art. 1599, il compratore non ha diritto ai danni ed interessi che quando ha ignorato che la cosa fosse d'altri. Tuttavia può darsi ch'egli abbia il diritto alla garanzia, quantunque abbia saputo che la cosa non apparteneva al venditore. Tale sarebbe il caso in cui il venditore si fosse obbligato alla garanzia. Vi hanno altri casi in cui la vendita è valida ed obbliga il venditore a garantire il compratore e, per conseguenza, a pagargli i danni ed interessi risultanti dall'evizione. Rimandiamo alle spiegazioni che abbiamo date sull'articolo 1599 (1).

L'art. 1634 non parla delle spese voluttuarie che non producono nessun maggior valore. Queste spese non sono, pel compratore, una perdita risultante dall'evizione. Si può dire delle spese voluttuarie, ed a maggior ragione, ciò che Pothier dice delle spese che eccedono il miglioramento ch'esse procurano. Il compratore le ha fatte per suo piacere; spetta a lui sopportarle. Quanto al venditore di buona fede, egli non è tenuto che ad indennizzare il creditore della perdita che soffre coll'evizione. Ora, le spese voluttuarie erano perdute prima che il compratore fosse evitto.

249. « Se il venditore ha venduto in mala fede il fondo altrui, sarà tenuto a rimborsare al compratore *tutte le spese,* anche voluttuarie o di piacere, che questi avesse fatto sul fondo » (art. 1635). Quando il debitore è di mala fede, deve tutti i danni ed interessi che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della convenzione (art. 1155). L'articolo 1635 consacra una conseguenza di questo principio. Il venditore si è obbligato a trasferire la proprietà al compratore. Questi, che si suppone di buona fede, deve dunque credersi proprietario. Come tale, egli ha il diritto di fare sul fondo venduto ogni sorta di lavori, anche di semplice piacere, perchè essi aumentano il suo godimento. Queste spese sono perdute per lui in caso d'evizione. La perdita è una conseguenza diretta dell'inesecuzione della obbligazione che il venditore aveva contratto di rendere il compratore proprietario. Dunque deve ripararlo. Che se i lavori sono utili, ma la spesa sia più grande del maggior valore, non si può più dire, con Pothier, che il compratore ha fatto una pazzia. Egli ha dovuto credersi proprietario, ed ha agito come tale. Ora, legalmente il proprietario non fa pazzie, perchè egli ha il diritto di provvedere come meglio

(1) DURANTON, t. XVI, p. 315, nn. 297 e 298, e tutti gli autori.

crede per aumentare il suo godimento. In questo senso l'art. 1635 dice che il venditore è tenuto a rimborsare al compratore *tutte le spese*. La legge non parla più di miglioramenti utili, come nel caso dell'art. 1634.

N. 6. — Dell'evizione parziale.

250. L'evizione parziale è una causa di risoluzione della vendita? Quando l'evizione è totale, la vendita è risolta, per la ragione che, la cosa venduta essendo evitta, il contratto rimane senza oggetto. Ma se il compratore non è evitto che d'una parte della cosa, resta una cosa che può formare oggetto della vendita. Al rigore, il contratto potrebbe dunque sussistere. Sta a vedere se l'intenzione delle parti contraenti permette di mantenerlo. La legge risolve la difficoltà con una distinzione: « Se il compratore ha sofferto l'evizione per una parte soltanto della cosa, e questa sia di tale entità, relativamente al tutto, che egli non avrebbe comperato senza la parte evitta, potrà far risolvere il contratto di vendita ». Questa distinzione concilia i diritti del compratore coll'interesse generale. La risoluzione dei contratti getta d'ordinario qualche turbamento nelle relazioni civili, perchè reagisce contro i terzi. Importa dunque evitarla. Ecco perchè la legge deroga al rigore dell'art. 1184. Il venditore manca alla sua obbligazione vendendo una cosa di cui non è proprietario che per una parte. Il compratore dovrebbe dunque aver diritto di domandare la risoluzione della vendita. Egli può farlo se l'importanza della parte di cui è evitto prova ch'egli non avrebbe comperato la cosa così mutilata o diminuita. L'equità e l'interesse del compratore sono, in questo caso, d'accordo col diritto per accordare al compratore il diritto di chiedere la risoluzione. Ma se il compratore avesse comperato, quand'anche, al momento della vendita, la cosa fosse stata quale è fatta dall'evizione, egli manca d'interesse. La legge sacrifica il suo stretto diritto all'interesse generale, il quale esige la stabilità dei contratti (1). È uno di quei casi nei quali la legge mette l'equità al di sopra del diritto.

Chi giudicherà se vi ha o non vi ha luogo a risoluzione? Spetta naturalmente al magistrato decidere se la parte della cosa di cui il compratore è evitto, sia di tale entità relativamente al tutto, che il compratore non avrebbe comperato. Vi ha un caso che presenta un'apparente analogia coll'art. 1636, quello in cui la cosa venduta fosse perita in parte al momento

(1) Colmet de Santerre, t. VII, n. 71 *bis* I e II. Vedi un caso d'applicazione in una sentenza di rigetto, 26 maggio 1868 (Dalloz, 1869, 1, 365).

del contratto. In questa ipotesi, si tratta di sapere se il contratto si forma o no. La legge, secondo la nostra opinione, lascia la decisione al compratore. Abbiamo detto, spiegando l'art. 1601, quale sia la ragione della differenza che la legge fa tra le due ipotesi.

251. L'evizione parziale non trae seco necessariamente la risoluzione della vendita. Può accadere che il compratore non abbia il diritto di domandarla, può darsi anche che non la dimandi. Se la vendita è mantenuta, resta a sapere come si regolerà l'indennità alla quale il compratore avrà diritto per la perdita della cosa di cui subisce l'evizione. L'art. 1637 decide che il valore di questa cosa gli è rimborsato « a norma della stima all'epoca dell'evizione, e non in proporzione del prezzo totale della vendita, tanto se la cosa venduta sia aumentata, quanto se sia diminuita di valore ». È questo valore che rappresenta la perdita subìta dal compratore. Se la cosa ha aumentato di valore senza il fatto del compratore, come la legge suppone, la decisione dell'art. 1637 è la stessa dell'art. 1633 in caso d'evizione totale. Ma se la cosa ha diminuito di valore, la soluzione è diversa. Quando l'evizione è totale, il compratore ha diritto alla restituzione della totalità del prezzo, quantunque la cosa si trovi diminuita di valore, o considerevolmente deteriorata, sia per negligenza del compratore, sia per casi di forza maggiore, mentre, nella stessa ipotesi, il compratore evitto d'una parte della cosa non ha diritto ad una parte proporzionale del prezzo, ma può reclamare soltanto il valore della cosa di cui è evitto, valore che sarà minore del prezzo che ha pagato per questa parte della cosa. Quale è la ragione di tale differenza? Essa venne censurata come una inconseguenza ma in stretto diritto la distinzione si può giustificare. Quando l'evizione è totale, il venditore non può ritenere alcuna parte del prezzo, perchè la riterrebbe senza causa. Se l'evizione è parziale, rimane una causa poichè resta un oggetto. Non si può dunque dire che il venditore ritiene il prezzo senza causa, e, per conseguenza, non vi ha luogo a restituire una parte proporzionale del prezzo. Su che è dunque fondata l'azione del compratore? Sul danno ch'egli risente. È un'azione di danni ed interessi. Ora, i danni ed interessi sono proporzionati alla perdita che il compratore subisce (1).

Si è proposta una distinzione. La decisione della legge è giusta, si dice, quando l'evizione cade sopra una determinata parte della cosa, come un prato compreso nella vendita d'una masseria. Ma se il compratore è evitto d'una quota parte, come d'un terzo o d'un quarto, bisogna applicare il principio dell'art. 1631, perchè ciò che è vero della totalità è vero

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 400, n. 374. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 98, numero 72 *bis* I.

altresì d'una frazione del tutto (1). Questa distinzione ci pare inammissibile. La generalità dei termini dell'articolo 1637 la respinge, e così pure la tradizione, perchè Pothier non ammetteva la distinzione, sebbene si pronunciasse in favore del compratore. D'altronde, in stretto diritto, non vi ha luogo a distinguere. Dal momento che resta una quota parte della cosa, non si può più dire che l'obbligazione di pagare il prezzo sia senza causa, il che è decisivo.

252. La disposizione dell'art. 1637 si applica alla vendita forzata? Secondo l'opinione che noi abbiamo insegnata (n. 226), l'affermativa non è dubbia. Se l'esecutato è garante dell'evizione totale, deve esserlo anche dell'evizione parziale. La giurisprudenza è in questo senso (2). Gli autori sono divisi tanto sulla questione d'applicazione quanto sul principio. Crediamo inutile rinnovare la discussione. Riguardo all'indennità alla quale l'aggiudicatario ha diritto, essa deve regolarsi naturalmente in base all'art. 1637, che stabilisce una regola generale per l'evizione parziale (3).

N. 7. — Quando cessa l'obbligazione di garanzia.

253. Si può sostenere che la garanzia è dell'essenza della vendita (n. 209). L'opinione generale è che la garanzia attenga soltanto alla natura della vendita, e il codice sembra consacrarla dicendo che il venditore è tenuto, di diritto, a garantire il compratore dall'evizione che soffre (art. 1626), ma che le parti possono, con patti particolari, accrescere o diminuire l'effetto di questa obbligazione di diritto, e possono pure convenire che il venditore non sarà sottoposto ad alcuna garanzia (articolo 1627). Se quest'ultima convenzione avesse un effetto assoluto, nel senso che il compratore non avesse alcun diritto contro il venditore, sarebbe vero il dire che la garanzia non è dell'essenza della vendita. Ma, in realtà, la stipulazione di non garanzia non cade che sui danni ed interessi. Il venditore resta tenuto a restituire il prezzo al compratore evitto. Egli è dunque garante in una certa misura, e lo è sempre, a meno che il contratto non cambi natura e divenga un contratto aleatorio, come diremo più avanti.

Sul fatto che le parti possano estendere e restringere gli effetti della garanzia non vi ha alcuna difficoltà. Così esse sono libere di convenire che il venditore risponderà del caso fortuito e

(1) Duranton, t. XVI, p. 322, n. 300. In senso contrario, Colmet de Santerre, t. VII, p. 99, n. 72 *bis* II, e la maggior parte degli autori.
(2) Tolosa, 24 gennaio 1826 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1043).
(3) Duranton, t. XVI, p. 322, n. 301. Duvergier, t. I, p. 465, n. 379. In senso contrario, Troplong, p. 275, n. 522.

del fatto del principe. Ogni convenzione che non sia contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico e che sia compatibile coll'essenza delle cose è valida. Ma siccome costituisce un'eccezione al diritto comune, occorrerà una stipulazione formale. Così pure le parti possono restringere l'effetto della garanzia derogando alle disposizioni dell'art. 1630 e seguenti (1). Ma ciò non avviene mai, almeno a giudicarne dalla giurisprudenza. Le clausole dei contratti di vendita relative alla garanzia non fanno che riprodurre l'obbligazione che la legge impone al venditore, clausole banali e inutili. L'unica che dia luogo a qualche difficoltà è quella colla quale le parti stipulano che il venditore non sarà tenuto alla garanzia.

254. L'art. 1628 limita l'estensione della clausola di non garanzia: « Quantunque siasi pattuito che il venditore non sarà soggetto ad alcuna garanzia, ciò non ostante resterà obbligato a quella che risulta dal fatto suo proprio. Qualunque convenzione in contrario è nulla ». Quando l'evizione risulta da un fatto proprio del venditore? Allorchè il compratore è evitto per effetto d'un diritto appartenente al venditore, o da lui concesso a un terzo. Gli scrittori dicono che è raro che il venditore stesso rivendichi contro il compratore un diritto che gli appartiene. Non può trattarsi d'un diritto reale anteriore alla vendita poichè il venditore non poteva aver diritti sulla cosa se era realmente proprietario e, se lo era, ha trasmesso la sua proprietà al compratore, e quindi non ha alcun diritto anteriore alla vendita in forza del quale lo possa evincere. Si deve supporre ch'egli abbia acquistato il diritto dopo il contratto di vendita. Se trattasi del diritto di proprietà, è certo che non potrà evincere il compratore, poichè, secondo la nostra opinione, il compratore diviene proprietario dal momento che il venditore della cosa altrui ne acquista la proprietà (n. 121). Bisogna dunque supporre che il venditore acquisti un diritto reale sulla cosa. Il fondo venduto era gravato di un'ipoteca, d'una servitù, d'un usufrutto. Egli acquista questi diritti. Può esercitarli contro il compratore? No, perchè dovendo garantire il compratore contro l'evizione, non può egli stesso evincerlo col fatto suo.

Può accadere che un avente causa dal venditore voglia evincere il compratore in forza d'un diritto che il suo autore gli ha concesso. Il venditore d'un fondo lo rivende ad un secondo compratore, il quale trascrive l'atto di vendita innanzi che il primo abbia adempito questa formalità. Egli evincerà il primo acquirente in forza di un diritto che tiene dal venditore, e quindi per il fatto proprio di costui, il quale non potendo, col fatto suo, evincere il compratore, sarà garante anche quando vi fosse una clausola di non garanzia. Sarebbe lo stesso se il

(1) Duvergier, t. I, p. 396, n. 333, e p. 400, n. 336.

venditore avesse consentito un'ipoteca sul fondo venduto prima che il compratore avesse trascritto (1).

Ecco gli esempi dati dalla dottrina. Essi giustificano la legge che dichiara nulla la clausola di non garanzia, in quanto il venditore pretendesse esimersi dall'obbligazione che gli incombe quando l'evizione procede dal suo fatto. Tanto varrebbe riservarsi il diritto d'ingannare il compratore, togliendogli la proprietà che si era obbligato a trasmettergli. Una simile clausola è contraria ai buoni costumi (2).

255. Desumiamo alcune applicazioni dalla giurisprudenza. Esse daranno un'idea più esatta della legge che non gli esempi offerti dagli autori. È venduto un opificio soggetto a un certo regime delle acque. Il venditore provoca dall'amministrazione un cambiamento di questo regime, a danno del compratore, o richiede l'esecuzione di un decreto amministrativo che modifica il regime delle acque. Vi ha in questi atti del venditore un'evizione procedente dal di lui fatto? L'affermativa non ci pare dubbia, perchè la vendita d'un opificio implica che il compratore godrà delle acque come ne godeva il venditore. In quanto dipende dal venditore, il regime delle acque deve dunque restare lo stesso. L'amministrazione, senza dubbio, può mutarlo, ma il venditore non può provocare questo cambiamento. Verrebbe meno alla sua obbligazione di garantire al compratore il pacifico possesso della cosa venduta. Egli l'evincerebbe dunque col fatto proprio. Ora, il venditore risponde sempre del fatto proprio, quand'anche vi fosse stipulazione di non garanzia (3)

Un Comune vende uno stabilimento che racchiude sorgenti e bagni, poi devia le stesse sorgenti in un altro edificio di cui si era riservata la proprietà. Vi ha in quest'atto un'evizione procedente dal fatto personale del venditore. Infatti, l'esistenza delle sorgenti e dei bagni in un edificio destinato all'alloggio dei bagnanti ne aumenta il valore per la facilità che i locatari trovano nel far uso delle acque termali. È fuori di dubbio, dice la Corte di Pau, che gli acquirenti hanno dovuto contare su questo vantaggio comperando un edificio dichiarato nell'atto come facente parte dello stabilimento termale e racchiudente le sorgenti e i bagni. Ne consegue che il Comune aveva mancato alla sua obbligazione d'assicurare al compratore il pacifico possesso della cosa, molestando egli medesimo il compratore ed evincendolo d'una parte della cosa col fatto proprio (4). Esso era garante, e lo sarebbe stato quand'anche avesse stipulato la non-garanzia, perchè non poteva vendere l'uso delle acque e riservarsi di to-

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 88, n. 63 *bis* I e II.
(2) Faure, *Rapport*, n. 27 (Locré, t. VII, p. 95). Duvergier, t. I, p. 400, numero 337.
(3) Cassazione, 8 gennaio 1851 (Dalloz. 1851, 1, 7).
(4) Rigetto, sezione civile, 21 marzo 1853 (Dalloz, 1854, 1, 435).

glierle al compratore. Non vi era che un mezzo per riservarsi la libera disposizione delle acque, ed era di escluderle dalla vendita.

256. L'art. 1628 dice che ogni convenzione contraria è nulla. Questa disposizione è troppo assoluta. Bisogna limitarla ai fatti propri del venditore che fossero posteriori alla vendita. Trattandosi d'un fatto anteriore, il venditore può dichiararlo e stipulare che non garantirà il compratore dell'evizione che procedesse da questo fatto. Questa clausola non ha nulla di contrario ai buoni costumi. Essa fa conoscere al compratore un caso d'evizione. Spetta a lui vedere se vuole assoggettarvisi. Tutti gli scrittori sono d'accordo su questo punto (1).

La giurisprudenza va più avanti. È stato giudicato che il venditore non è garante del fatto suo proprio anteriore alla vendita quando il compratore lo conosceva. Infatti, è inutile dichiarare al compratore, per fargliel o conoscere, un fatto di cui questi ha conoscenza. La stipulazione di non-garanzia risulta, in tal caso, dalla volontà tacita delle parti contraenti. Ora, la legge non esige ch'essa sia espressa. Nella specie decisa dalla Corte di cassazione non vi era dubbio. Il sindaco di un Comune compera un opificio. Per effetto d'una transazione intervenuta anteriormente fra l'amministrazione e il venditore, il compratore rimane privato di ogni diritto ad indennità per un forzato riposo prodotto dall'esecuzione di opere pubbliche. Egli agisce in garanzia contro il venditore. Questi gli oppone che, come sindaco del Comune, ha avuto necessariamente conoscenza della transazione e dell'ordinanza reale che l'approva, poichè il Consiglio comunale era stato chiamato a dare il suo parere sul progetto di transazione. La Corte d'Agen diede causa vinta al venditore. Prodotto ricorso per cassazione, il compratore obbiettò che si trattava di un fatto proprio del venditore. La Corte risponde che, essendo questo fatto conosciuto dal compratore al momento della vendita, egli non poteva reclamare una indennità per una molestia che aveva dovuto prevedere (2).

257. Quale è l'effetto della stipulazione di non-garanzia? L'articolo 1629 risponde che il venditore è tenuto, in caso d'evizione, alla restituzione del prezzo. La ragione si è che il compratore non ha promesso il prezzo e non l'ha pagato se non perchè il venditore s'obbligava a trasferirgli la proprietà della cosa. Ora, in conseguenza dell'evizione, non essendogli trasmessa la proprietà, si trova che egli ha pagato il prezzo senza causa e che il venditore lo riterrebbe senza causa. Ne consegue che la clausola di non-garanzia non ha effetto se non per i danni e interessi che, secondo il diritto comune, il venditore deve pagare al compratore (3). Questi, sapendo che in caso d'evizione avrà

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 382, nota 45, § 535.
(2) Rigetto, 2 maggio 1864 (Dalloz, 1865, 1, 181).
(3) Pothier, *Della vendita*, n. 185.

diritto soltanto alla ripetizione del prezzo, stipulerà il prezzo in relazione al pericolo che lo minaccia. In questo senso, la restituzione del prezzo lo indennizzerà completamente.

258. Vi hanno casi in cui il venditore non deve nemmeno restituire il prezzo, quando, cioè, la vendita è aleatoria. Il prezzo non rappresenta allora il valore della cosa, ma rappresenta un rischio. In realtà, il compratore non compera la cosa, ma compera un rischio, ed è per questo rischio che paga il prezzo. Se viene evitto, non può dire che ha pagato il prezzo senza causa, perchè la causa non era l'oggetto di cui si trova evitto, ma il pericolo che poteva essergli favorevole. Per la stessa ragione non si può dire che il venditore ritenga il prezzo senza causa. Egli vi ha diritto come compenso del rischio che ha venduto, e che poteva ritorcersi contro di lui.

Resta a sapere quando la vendita sia aleatoria. L'art. 1629 risponde alla questione, ma la dicitura è difettosa e dà luogo a difficoltà. Ecco i termini della legge: « Nello stesso caso di stipulata esclusione della garanzia, il venditore, accadendo l'evizione, è tenuto alla restituzione del prezzo, eccetto che il compratore fosse consapevole del pericolo dell'evizione all'atto della vendita, o avesse comprato a suo rischio e pericolo ». Così la legge prevede due casi nei quali il venditore che ha stipulato la clausola di non-garanzia non deve la restituzione del prezzo: 1.° Quando il compratore conosceva al momento della vendita il pericolo dell'evizione. 2.° Quando il compratore ha acquistato a suo rischio e pericolo. In questi due casi la vendita è aleatoria. Occorre, perchè sia tale, la stipulazione di non-garanzia? O basta che il compratore abbia conosciuto il pericolo dell'evizione, od abbia dichiarato di comperare a suo rischio e pericolo? Stando ai termini dell'art. 1629, bisogna dire che non è sufficiente, ma che la legge esige inoltre venga stipulata la esclusione della garanzia.

Non è questa però l'interpretazione che si dà generalmente all'art. 1629. Gli scrittori distinguono. Quando il compratore dichiara di acquistare a suo rischio e pericolo, manifesta necessariamente di voler prendere sopra di sè tutto il rischio, tutto il pericolo della vendita. Non equivale ciò a dire che, qualunque cosa avvenga, il compratore non può avere alcun regresso contro il venditore? Dunque la vendita è aleatoria in forza della dichiarazione stessa del compratore. Fa d'uopo aggiungere che il venditore non è tenuto alla garanzia quando lo dice il compratore? All'obbiezione tratta dal testo si risponde che l'art. 1629 limitasi a stabilire che la clausola di esclusione della garanzia, senza quella dei rischi e pericoli, obbliga il venditore alla restituzione del prezzo, ma non regola l'effetto della clausola dei rischi e pericoli quando non vi ha stipulazione di non-garanzia. Si può aggiungere che la questione di sapere se una vendita è aleatoria dipende dall'intenzione delle parti contraenti. Queste non si trovano vincolate dai

termini dell'art. 1629, ma sono libere di derogarvi, e, per conseguenza, i tribunali possono decidere che la vendita fatta a rischio e pericolo del compratore è aleatoria, il che dispensa il venditore in caso d'evizione dal restituire il prezzo.

Vi ha vendita aleatoria anche quando il venditore conosceva, al momento della vendita, il pericolo dell'evizione. Ma questa circostanza non basta, occorre inoltre che sia stata esclusa la garanzia. Perchè si esige questa condizione per l'uno dei casi preveduti dall'art 1629, mentre non la si pretende per l'altro, quando la legge sembra richiederla per entrambi. Si ammette che la sola conoscenza del pericolo dell'evizione non basta a dispensare il venditore dalla restituzione del prezzo, pel motivo che vi ha un testo formale, oltre l'art. 1629, che lo dice. L'art. 1599 dà al compratore il diritto di domandare la nullità della vendita della cosa altrui, anche quando sapeva che la cosa non apparteneva al venditore. Questa conoscenza non basta dunque perchè vi sia vendita aleatoria. D'altronde la differenza che si ammette fra i due casi previsti dall'art. 1629 si spiega. Colui il quale acquista a suo rischio e pericolo dichiara implicitamente di acquistare un rischio. Non si può dire altrettanto di colui che acquista avendo conoscenza del pericolo dell'evizione. Egli può sperare che questo pericolo non si realizzerà, e, se si verifica, conta sulla garanzia a cui il venditore è tenuto. Bisogna dunque che il venditore dica che non vuol essere garante. Quando concorrano queste due circostanze, è difficile non conchiuderne che la vendita è aleatoria, poichè il compratore sa che corre pericolo d'essere evitto e che l'evizione non gli attribuirà alcun regresso (1).

259. La semplice conoscenza che il compratore abbia, al momento del contratto, del pericolo dell'evizione produce però un effetto importantissimo, cioè ch'egli non potrà reclamare danni ed interessi in caso d'evizione, ma avrà soltanto diritto alla restituzione del prezzo. Ciò risulta dall'art. 1599. È d'altronde un principio tradizionale di cui Pothier ci dice la ragione. Se il compratore è evitto e risente un danno maggiore del prezzo che ha pagato e che il venditore è tenuto a restituirgli, deve imputarlo a sè medesimo, trattandosi di un'evizione che doveva aspettarsi. Non è il venditore che lo ha indotto in errore, nè che gli ha cagionato questo danno. In altri termini, la conoscenza dèl pericolo dell'evizione equivale ad una stipulazione di non garanzia salvo che è tacita anzichè espressa (2). La giurisprudenza è in questo senso. Faremo soltanto una osservazione, cioè che il linguaggio delle Corti, anche quello della Cassazione, non ha sempre la precisione rigorosa che dovrebbe avere, il che si presta facilmente all'errore. Così la Corte Suprema dice che il compratore il quale è prevenuto del pericolo dell'evizione acquista *a suo rischio e*

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 91, n. 61 *bis* II e III.
(2) Pothier, *Della vendita*, n. 187.

pericolo, donde conchiude che la sua domanda di *danni ed interessi* contro il venditore non potrebbe ritenersi fondata (1). La Corte confonde due casi essenzialmente diversi, quello in cui vi ha stipulazione di non-garanzia tacita e quello in cui vi ha vendita aleatoria. Nel primo caso si fa luogo a ripetizione del prezzo, ma il compratore non ha diritto ai danni ed interessi. Nel secondo caso, il compratore non può nemmeno ripetere il prezzo. Non è quindi caso neppure di parlare di danni ed interessi.

260. Pothier aggiunge una restrizione al principio da noi stabilito. Il compratore, egli dice, ha diritto ai danni ed interessi risultanti dall'evizione, quantunque abbia conosciuto, al momento del contratto, la causa che ha dipoi dato luogo all'evizione, quando il venditore si è nel contratto espressamente obbligato alla garanzia. La esclusione della garanzia è fondata sulla volontà tacita delle parti. La loro volontà espressa deve prevalere sulla tacita. Il che è anche razionale. Se, conoscendo il pericolo dell'evizione, io faccio inserire nel contratto una clausola espressa di garanzia, lo fo precisamente per mettermi al coperto dal pericolo che mi minaccia. Il mio diritto contro il venditore deve dunque rimanere intatto. Si obbietta che la clausola espressa di garanzia non fa che scrivere nel contratto una obbligazione che esiste di diritto, e se ne conchiude che questa clausola espressa non può avere effetto maggiore di quella della clausola tacita; il che conduce alla conseguenza che il compratore non ha diritto ai danni ed interessi per ciò solo che conosce il pericolo dell'evizione, ed anche quando stipulasse espressamente la garanzia. Ecco un pessimo ragionamento. Senza dubbio il venditore è garante, quantunque non abbia nulla stipulato sulla garanzia, ma da ciò non si può indurre che la stipulazione non abbia mai effetto. Essa deve produrre un effetto quando ha uno scopo. Ora, essa ha uno scopo certo quando il compratore conosce il pericolo dell'evizione. Questa conoscenza implica, in generale, ch'egli rinuncia alla garanzia in quanto concerne i danni ed interessi. Ora, gli è appunto perchè non se ne tragga questa conseguenza che il compratore stipula, vale a dire si riserva espressamente la garanzia e tutti i diritti che ne risultano (2).

Il compratore, sebbene conosca il pericolo dell'evizione, avrà dunque diritto ai danni ed interessi se ha stipulato la garanzia. Quali saranno questi danni e interessi? A nostro avviso, il compratore può invocare il diritto comune, vale a dire le disposizioni degli art. 1630 e seguenti. Infatti, lo scopo della stipulazione ch'egli ha fatto inserire nel contratto è precisamente di riservarsi il beneficio del diritto comune. Però si insegna che

---

(1) Rigetto, 9 febbraio 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 72). Cfr. rigetto, 2 maggio 1864 (DALLOZ, 1865, 1, 181), e 21 aprile 1874 (DALLOZ, 1875, 1, 183).

(2) Vedi una relazione del consigliere MESNARD (DALLOZ, 1850, 5, 254). Bordeaux, 27 luglio 1854 (DALLOZ, 1855, 2, 137).

i tribunali *sembrano*, in questo caso, autorizzati a moderare le condanne che pronunciano a vantaggio del compratore, e si citano sentenze che hanno giudicato così (1). Ciò è molto vago, e gli scrittori non sembrano troppo convinti del principio che espongono. Infatti, sarebbe un'eccezione, e chi autorizza il giudice ad ammettere un'eccezione alla regola quando il compratore ha scritta quest'ultima nel contratto? L'equità, le circostanze della causa possono giustificare queste decisioni in fatto. In diritto, non può esservi eccezione alla regola quando le parti hanno mantenuto la regola.

261. Se non vi fu stipulazione di garanzia, la conoscenza che il compratore ha del pericolo dell'evizione basta perchè egli non abbia diritto ai danni ed interessi Poco importa in qual modo il compratore abbia acquistato questa conoscenza, se mediante una dichiarazione del venditore o con qualsivoglia altro mezzo. Il motivo offerto da Pothier sussiste, ed è anche l'esempio ch'egli dà. Dal momento che il compratore conosceva, al tempo del contratto, la causa per la quale egli è stato evitto, rinuncia al diritto di reclamare la rifazione di un danno ch'egli deve imputare a sè stesso. Su questo punto tutti sono d'accordo (2).

Devesi ammettere un'eccezione a questa regola per le ipoteche, nel senso che il compratore avrebbe diritto ai danni ed interessi risultanti dalla espropriazione promessa da un creditore ipotecario, quando il venditore non ha dichiarato le ipoteche benchè il compratore ne abbia avuto conoscenza? La maggior parte degli scrittori insegnano che il venditore non è liberato dalla garanzia dei danni ed interessi se non ha dichiarato egli medesimo l'esistenza delle ipoteche che gravano la cosa venduta, ma non s'intendono fra di loro circa l'estensione e la portata di questa eccezione; il che fa sorgere già un precedente contro la loro dottrina (3). La tradizione è contraria. Pothier equipara l'azione ipotecaria alla rivendicazione, senza nemmeno supporre una distinzione. S'invocherà l'ultima parte dell'art. 1626? La legge dice che il venditore è obbligato a garantire il compratore dei pesi che si pretendono sull'oggetto venduto e non *dichiarati* all'atto della vendita. Devesi dire per questo che il venditore è garante dei pesi ipotecarii, dal momento ch'egli non li *dichiara*, quand'anche il compratore li conoscesse? Si può rispondere anzitutto che questa disposizione riguarda le servitù ed altri diritti analoghi, e, anche per le servitù, si ammette che la conoscenza del compratore equivale ad una dichiarazione del

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 382 e nota 48, § 355. Duvergier, t. I, p. 378, numero 317.

(2) Vedi le citazioni in Aubry e Rau, t. IV, p. 382 e nota 49, § 355. Rigetto, 12 aprile 1869 (Dalloz, 1870, 1, 31).

(3) Vedi queste opinioni contraddittorie in Aubry e Rau, t. IV, p. 383 e note 50 e 51, § 355.

venditore. Quanto alle ipoteche, non è un *peso* che il creditore pretende sulla cosa venduta, ma un diritto d'evizione che egli esercita. Sotto questo rapporto non vi ha alcuna differenza fra l'ipoteca e la proprietà. Il solo motivo che si adduce ci pare estremamente debole. Dalla circostanza, si dice, che il venditore non ha espressamente dichiarato le ipoteche, il compratore ha potuto e dovuto supporre che quest'ultimo facesse pratiche per liberare l'immobile. Chi non vede come si potrebbe dire altrettanto di ogni sorta di pesi? In sostanza, si crea un'eccezione al diritto comune, senza testo e senza convenzione derogatoria delle parti contraenti. Ciò è contrario ad ogni principio (1).

262. Vi ha un altro caso nel quale cessa ogni garanzia. « La garanzia per causa d'evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza, pronunciata in ultima istanza, e alla quale non è più ammissibile appellazione, senza chiamare in giudizio il venditore, se questi provi che vi erano sufficienti motivi per far rigettare la domanda ». In tal caso, il compratore è evitto per sua colpa, e deve sopportarne la conseguenza. Di qui il grande interesse che ha il compratore, quando è molestato, di chiamare in causa il venditore. Gli eviterà così l'eccezione di cui lo minaccia l'art. 1640.

Si domanda quali siano i motivi che il venditore può opporre e che il compratore non ha fatto valere. La legge non distingue, e non era il caso di farlo. Siano motivi di diritto o motivi tratti dalle circostanze della causa, riguardino il venditore o il compratore poco importa (2). Dal momento che essi basterebbero per far rigettare la domanda proposta contro il compratore, questi è in colpa, e non può far ricadere la responsabilità della sua colpa sul venditore.

La legge dice che *la garanzia cessa*. È la garanzia quale venne spiegata dal codice negli articoli che precedono. Dunque tutti gli effetti che risultano dalla garanzia vengono a cessare; il compratore non ha nemmeno diritto alla ripetizione del prezzo, perchè è sempre vero il dire che, se il compratore perde la cosa e il prezzo, ciò accade per di lui colpa. Sarebbe ingiusto far ricadere sul venditore un effetto qualunque della colpa del compratore.

263. Lo stesso principio è applicabile in tutti i casi in cui il compratore è evitto per propria colpa. Se la vendita ha per oggetto un credito ipotecario o privilegiato, e il compratore non adempie le formalità prescritte per la conservazione dell'ipoteca o del privilegio, perde il suo credito, perchè perde la garanzia che gliene assicurava il pagamento, ma la perde per sua colpa. Egli non avrà alcun regresso contro il venditore (3).

---

(1) Pothier, *Della vendita*, n. 187. Merlin, *Repertorio*, v. *Garantie*, § VII, n. 2. Marcadé, t. VI, p. 259, n. VI dell'art. 1629.

(2) Duranton, t. XVI, p. 231, n. 304. Bruxelles, 7 maggio 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 169).

(3) Cassazione, 26 febbraio 1806 (Dalloz, v. *Vente*, n. 807).

264. La garanzia cessa anche quando la relativa azione è prescritta, e si prescrive, secondo il diritto comune, col decorso di trent'anni, i quali cominciano a decorrere dal giorno dell'evizione (1).

Tutti sono d'accordo su questo punto, e non vi ha alcun dubbio quanto al principio, poichè è il diritto comune. Ma come conciliare la prescrizione di trent'anni, in materia d'evizione, colla prescrizione decennale, che è applicabile all'azione di nullità della vendita quando ha per oggetto la cosa altrui? Vi ha vendita della cosa altrui anche quando il compratore è evitto. Come avviene che questa azione duri trent'anni a partire dall'evizione, mentre l'azione dell'art. 1599 non ne dura che dieci? Possono risultare da uno stesso fatto giuridico due azioni, l'una di dieci, l'altra di trent'anni? Se il compratore domanda la nullità della vendita, si sottintende che deve conformarsi all'art. 1599. Dopo dieci anni, non potrà più intentare l'azione. Ma se è evitto dopo i dieci anni, avrà sempre l'azione di garanzia. Ciò non risponde alla nostra osservazione. La contraddizione sussiste sempre. Questa anomalia non proverebbe che la disposizione dell'art. 1599 non è fondata sui veri principii e che la vendita dichiarata *nulla* dall'art. 1599 è, in realtà, una vendita soggetta a risoluzione? Rimandiamo a quanto si è detto più sopra (n. 102).

§ III. — *Della garanzia delle servitù.*

N. 1. — Il principio.

265. L'art. 1626 pone il principio che il venditore è garante dei pesi che si pretendono sull'oggetto venduto e che non furono dichiarati all'atto della vendita. L'art. 1638 determina gli effetti di questa garanzia. Qual è il motivo per cui il compratore ha diritto alla garanzia per servitù ed altri pesi che non vennero dichiarati all'atto della vendita? L'art. 1626 equipara questa garanzia all'evizione totale o parziale dell'oggetto venduto. Vi ha, infatti, evizione d'una parte della cosa quando un terzo pretende di esercitare sulla medesima una servitù che il compratore non doveva sopportare in forza del contratto di vendita. La servitù è uno smembramento della proprietà. Se il compratore deve soffrire l'esercizio d'una servitù non dichiarata, il suo fondo si trova smembrato, e per conseguenza egli è parzialmente evitto. Giacchè vi ha evizione parziale, bisogna applicare a questa specie d'evizione i principii che reggono l'evizione in generale. Gli è così specialmente del motivo sul quale è fondata la garanzia della

(1) DURANTON, t. XVI, p. 434, nn. 305 e 306. Gand, 10 agosto 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 338).

servitù. Il venditore si obbliga a trasferire al compratore la piena proprietà del fondo venduto. Se non gli trasmette che una proprietà smembrata, manca alla sua obbligazione. Di qui il diritto del compratore sia alla risoluzione della vendita in forza del principio dell'art. 1184, sia ai danni ed interessi conformemente al principio che la legge stabilisce riguardo all'evizione parziale. Poco importa che il venditore sia di buona o di mala fede. La garanzia non è fondata sul suo dolo nè sulla sua colpa. Egli sarebbe garante quand'anche non gli si potesse muovere nessun rimprovero. La sua buona o mala fede non sono prese in considerazione che quando si tratta di determinare l'importo dei danni ed interessi a cui è tenuto (1).

266. L'art. 1638 non parla che delle *servitù* di cui non sia fatta dichiarazione. L'art. 1626 è concepito in termini più generali. Esso impone al venditore l'obbligazione di garantire il compratore da tutti i *pesi* che si pretendono sull'oggetto venduto. È all'art. 1626, il quale stabilisce il principio, che bisogna attenersi. Per *pesi*, la legge intende i diritti reali che smembrano le proprietà e a cui il compratore è tenuto, sebbene non siano stati dichiarati. Quanto alle obbligazioni personali che il venditore può avere contratte, esse non passano al compratore, a meno che questi non vi sia obbligato per contratto. Non può dunque parlarsi di garanzia che riguardo ai pesi reali. Ognuno fra questi dà luogo a garanzia, quand'anche non costituisca una servitù nel linguaggio della legge. Così il venditore è garante quando si pretende contro il compratore un diritto d'uso in un bosco venduto (2), così pure se un terzo ha sul fondo un diritto d'enfiteusi (3).

267. L'art. 1626 dispone che il venditore è garante dei pesi *non dichiarati* all'atto della vendita. Anche l'art. 1638 dice che il compratore ha diritto alla garanzia, se il fondo venduto si trova gravato di servitù senza che ne sia fatta *dichiarazione*. La legge suppone che il venditore conosca i pesi che gravano l'oggetto venduto. In questo caso, la buona fede l'obbliga a dichiararli, altrimenti, vendendo come piena una proprietà smembrata, si rende colpevole di dolo. Come deve farsi la dichiarazione? È l'onere preteso dal terzo sulla cosa venduta che deve essere dichiarato, perchè il venditore adempia l'obbligazione che la buona fede gl'impone. Non basta dunque inserire nell'atto di vendita quelle solite clausole banali che non apprendono nulla al compratore e non attirano nemmeno la sua attenzione, precisamente perchè, come dice Troplong, non sono che chiacchiere. Tale è la clausola dell'uso: *Così come l'immobile si trova*. Che cosa apprendono queste parole al compratore,

---

(1) Come fa TROPLONG, p. 278, n. 524.
(2) Rigetto, 17 gennaio 1842 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1062).
(3) Colmar, 26 dicembre 1821 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1063).

in quanto riguarda le servitù occulte che gravano il fondo? Assolutamente nulla. Esse non tolgono dunque che il venditore sia garante (1). Perchè cessi di esserlo, bisogna che il compratore conosca la servitù mercè la dichiarazione che ne fa il venditore, che possa apprezzare l'estensione del peso, e vedere se, malgrado il peso, gli conviene comperare, e se compera, che possa tener conto della servitù nel fissare il prezzo, perchè non si paga per una proprietà smembrata il prezzo che si è pronto a sborsare per una piena proprietà. Quando la dichiarazione sarà sufficiente? È una quistione di fatto che la dottrina cercherebbe invano di risolvere, e che va interamente lasciata all'apprezzamento del giudice (2).

268. Dal fatto che la legge rende il venditore garante dei pesi non *dichiarati* si deve conchiudere che lo è sempre per ciò solo che non ha fatto la dichiarazione ed anche quando il compratore ne aveva conoscenza all'atto della vendita? No, certo. È un principio tradizionale che il compratore non ha più diritto alla garanzia quando ha avuto, all'atto della vendita, piena conoscenza del peso che si pretende sull'oggetto venduto, quantunque il venditore non ne abbia fatta la dichiarazione. La ragione di ciò è semplicissima. È inutile, dice una legge romana, istruire chi è già istruito. Di che colpa si lagnerebbe il compratore? Dirà egli che non avrebbe comperato se la servitù fosse stata dichiarata? Gli si risponderà ch'egli ha comperato conoscendo il peso. Dirà che avrebbe comperato a un prezzo minore? Gli si risponderà ch'egli ha potuto tener conto del peso discutendo il prezzo, e che se non l'ha fatto, deve imputarlo a sè stesso. Il codice, anzichè derogare a questa dottrina, l'ha sanzionata. Non bisogna isolare gli art. 1626 e 1638 dalle altre disposizioni che concernono la garanzia, poichè la garanzia delle servitù non è che una specie d'evizione sottoposta, come tale, ai principii generali che reggono ogni garanzia. Ora, l'art. 1629 decide che il compratore non può reclamare danni ed interessi quando conosceva, all'atto della vendita, il pericolo dell'evizione, e non può usare del diritto di risoluzione che gli concede l'art. 1638, poichè non può dire che non avrebbe comperato se avesse avuto notizia del peso, avendo egli acquistato, quantunque ne fosse istrutto. La giurisprudenza è in questo senso (3).

269. È necessario che il compratore abbia conosciuto i pesi, o basta che abbia potuto averne notizia per escludere la garanzia? La questione è importantissima dopo le leggi pubblicate in Francia e nel Belgio sulla trascrizione. Le

---

(1) Vedi la relazione del consigliere Lasagni sulla sentenza del 20 giugno 1843 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1061). Duranton, t. XVI, p. 326, n. 302.

(2) Vedi le sentenze citate da Aubry e Rau, t. IV, p. 384, nota 54, § 355.

(3) Rigetto, 20 giugno 1843, sulla relazione di Lasagni (Dalloz, v. *Vente*, numero 1061), e rigetto, 7 febbraio 1832 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1078). Cfr. Aubry e Rau, t. IV, p. 384, nota 54, § 355.

servitù si costituiscono di regola per atto tra vivi, ed ogni atto tra vivi, traslativo o dichiarativo di diritti reali immobiliari, deve essere trascritto perchè possa essere opposto ai terzi. Se la trascrizione non ha avuto luogo, la servitù non esisterà a riguardo del compratore, e, per conseguenza, non può essere questione di garanzia. Che se la trascrizione ha avuto luogo, il compratore sarà tenuto al peso, ma ha potuto conoscerlo domandando al conservatore un certificato delle trascrizioni. Nasce allora la questione di sapere se basta che il compratore abbia potuto conoscere i pesi, o se è necessario che li abbia realmente conosciuti.

La legge esige, per principio, che il venditore faccia egli stesso conoscere i pesi dichiarandoli Dunque essa vuole che il compratore abbia acquistato una conoscenza reale dei pesi che gravano il fondo venduto (art. 1626 e 1638). Questa dichiarazione non è però di rigore. L'art. 1629 vi equipara il fatto che il compratore conoscesse il peso all'atto della vendita, ma bisogna che il compratore l'abbia conosciuto, non basta che abbia potuto conoscerlo. Queste disposizioni ne paiono decisive. Il compratore avrebbe potuto conoscere la servitù, poichè l'atto che lo costituisce è pubblico. Ma può darsi che non l'abbia conosciuto, che non abbia consultato il registro delle trascrizioni. Si renderà il compratore responsabile di questa negligenza? Legalmente non gli si può rimproverare negligenza alcuna, poichè la legge non l'obbliga a domandare un certificato al conservatore delle ipoteche. Secondo la teoria del codice, non è il compratore che deve informarsi se il fondo venduto è o non è gravato da pesi, è il venditore che deve dichiararli. Sarebbe contrario ad ogni principio che il venditore potesse opporre al compratore avere questi trascurato ciò che la legge non gli comanda, mentre egli, venditore, non ha emessa la dichiarazione che, secondo la legge, avrebbe dovuto fare. Ciò che conferma la nostra opinione si è, che sempre fu ammesso essere il venditore garante dei pesi ipotecari che gravano l'immobile, quantunque le ipoteche siano inscritte e sia quindi stato facile all'acquirente di conoscerle (1).

Vi ha però un'obbiezione, e specialissima. Secondo l'art. 1638, il venditore non è garante delle servitù apparenti. Per qual motivo? Non già perchè il compratore le ha conosciute, ben potendo accadere che non ne avesse notizia, quantunque apparenti, e non abbia conosciuto la servitù, quantunque fosse apparente, e quindi perchè ha potuto conoscerla. Non se ne deve conchiudere che, secondo lo spirito della legge, basta che il compratore abbia potuto conoscere il peso, e che questa possibilità equivale

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 384, nota 55, § 355. In senso contrario, MOURLON, *Della trascrizione*, t. I, nn. 166-168. FLANDIN, *Della trascrizione*, t. I, n. 426. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 102, n. 73 *bis* II.

alla conoscenza del peso? No, il principio è nettamente formulato dagli art. 1626 e 1629. Bisogna che il compratore abbia conosciuto il peso, sia mercè la dichiarazione del venditore, sia per altra via. La legge decide che il venditore non è garante delle servitù apparenti, perchè presume che, di loro natura, questi pesi siano noti al compratore (1). Ora, le presunzioni vanno interpretate molto ristrettivamente, nè possono estendersi da un caso a un altro, quand'anche vi fosse analogia. Ma qui non vi ha nemmeno analogia. Non si compera un fondo senza visitarlo, e basta vederlo per conoscere le servitù apparenti, mentre vi sono molti compratori che non consultano il registro delle trascrizioni.

270. L'art. 1626 parla dei pesi in generale. L'art. 1638 applica il principio alle servitù aggiungendo ***non apparenti.*** Abbiamo detto il motivo per cui il venditore non è garante delle servitù apparenti (n. 269). Quando le servitù sono apparenti? La legge le definisce (art. 689). È una quistione di fatto. In caso di contestazione, il giudice deciderà previa ispezione locale (2). Si è preteso che le servitù discontinue, quantunque apparenti, non fossero comprese nell'art. 1638, per la ragione che non possono essere stabilite se non per titolo. Ciò non è serio. Non si tratta di sapere in qual modo le servitù si stabiliscano, ma di decidere se il compratore ha potuto conoscerle. Ora, egli ben potè discernere l'esistenza d'una servitù di passaggio da segni esteriori, quantunque occorra un titolo per stabilire questa servitù (3). A maggior ragione l'art. 1638 è applicabile alla servitù di passaggio nel caso in cui il fondo vicino sia circondato da ogni parte. Il compratore ha due vie per conoscerla, cioè la legge che la stabilisce e i segni che l'annunciano (4).

271. Che sarà a dirsi delle servitù che il codice chiama legali? Devono essere dichiarate? O debbonsi assimilare alle servitù apparenti per le quali non è richiesta alcuna dichiarazione? Stando alla lettera dell'art. 1638, vi ha un dubbio. La legge presume che il compratore abbia conosciute le servitù apparenti, non presume che abbia conosciute le cosidette servitù legali. Invano s'invocherebbe la presunzione generale che nessuno ignori la legge. Questa presunzione non è stabilita dal codice, e non si può ammetterla che quando è in causa un interesse generale, mentre, nella specie, si tratta d'interessi puramente privati. Vi ha un'altra ragione di decidere che ci sembra perentoria. Le servitù legali non sono vere servitù, ma una modificazione del diritto assoluto di proprietà. Ora, il venditore trasmette al compratore la proprietà quale esiste nelle nostre leggi, modificata dalle esigenze sociali; nè potrebbe obbligarsi a trasferirgli una pro-

(1) DURANTON, t. XVI, p. 328, n. 302.
(2) Bruxelles, 16 febbraio 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 62).
(3) Rigetto, 8 novembre 1854 (DALLOZ, 1854, 1, 426).
(4) Bastia, 2 agosto 1854 (DALLOZ, 1856, 2, 181).

prietà assoluta che non esiste. Ne consegue che il compratore non può lagnarsi d'essere evitto dall'esistenza d'una servitù legale, perchè questa servitù non diminuisce i suoi diritti. La giurisprudenza è in questo senso, ma non procede dal principio testè ricordato e che abbiamo esposto al titolo delle *Servitù*: perciò le sentenze durano difficoltà a stabilire che il compratore non ha diritto alla garanzia (1). Crediamo inutile insistere, dappoiche i principii sono sicuri.

N. 2. — Conseguenze della garanzia.

272. Nell'antico diritto si equiparava la garanzia dovuta per le servitù a quella dei vizii redibitorii. Diverso è invece il principio del codice civile, che distingue nettamente i vizi redibitori dalle servitù, trattando di queste nel paragrafo consacrato all'evizione totale o parziale della cosa venduta, mentre discorre della garanzia pei vizii redibitorii nel paragrafo susseguente. Distingue ancora le due specie di garanzia per gli effetti diversi che loro attribuisce. Alla garanzia delle servitù applica il principio che regola l'evizione parziale. Ecco perchè l'art. 1638, relativo alla garanzia delle servitù, è posto immediatamente dopo gli art. 1626 e 1637, che concernono l'evizione parziale. Facciamo questa osservazione perchè la tradizione ha lasciato traccia nella dottrina degli scrittori moderni. Non bisogna paragonare le servitù ai vizi redibitorii, come fa Duranton, nè applicare alla garanzia delle servitù, come fa Troplong, i principii che governano i vizi redibitorii. Quando la legge abbandona un principio tradizionale, si deve rigettarlo con tutte le sue conseguenze, e il codice ha avuto ragione di respingere la teorica dell'antico diritto. Altra cosa è una servitù, altra un vizio redibitorio. La servitù smembra la proprietà, mentre il vizio redibitorio la lascia intatta. Adunque quando un terzo pretende una servitù sulla cosa comperata, si debbono applicare i principii dell'evizione parziale, per la ragione semplicissima che vi ha evizione d'una parte della cosa (2).

273. La legge applica il principio che abbiamo testè stabilito alla questione di sapere se il compratore contro cui un terzo pretende una servitù possa domandare la risoluzione del contratto. L'art. 1638 risponde affermativamente se la servitù è di tale importanza da potersi presumere che l'acquirente non avrebbe comprato se ne fosse stato avvertito. Non è che la ripetizione di quanto l'art. 1636 dice dell'evizione parziale. Spetta naturalmente al giudice decidere se, in fatto, la servitù ha l'importanza che il compratore vuol attribuirle e il suo apprezzamento è sovrano (3).

---

(1) Rigetto, 20 febbraio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 297).
(2) Duvergier, t. I, p. 472, n. 381. Cfr. Duranton, t. XVI, p. 325, n. 302.
(3) Rigetto, 2 maggio 1806 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1084).

274. L'art. 1638 soggiunge che il compratore il quale ha diritto di domandare la risoluzione della vendita, può anche non chiederla e contentarsi d'una indennità. Che dovrà dirsi nel caso in cui il compratore non abbia diritto di chiedere la risoluzione? Potrà egli reclamare una indennità per il minor valore della cosa venduta? La legge non lo dice, ma l'affermativa non è dubbia. Essa risulta dal principio stabilito dall'art. 1626. Il venditore deve garanzia al compratore per i pesi non dichiarati. In che consiste questa garanzia? Nel difendere il compratore contro la pretesa di colui che reclama il peso; e se non riesce a difenderlo, deve indennizzarlo del danno che soffre. L'indennità è dunque la conseguenza diretta dell'obbligazione di garanzia. Se la legge non ne parla, gli è perchè era inutile.

Resta a determinare l'ammontare della indennità. Devesi applicare la disposizione dell'art. 1637? L'affermativa ne sembra certa, poichè nel caso in cui un terzo pretende una servitù sull'oggetto venduto vi ha evizione parziale. Bisogna dunque applicare il principio dell'evizione parziale, e non quello dell'evizione totale.

275. Potrà il compratore reclamare danni ed interessi contro il venditore di buona fede? Se si applicassero alla garanzia delle servitù i principii che reggono i vizi redibitori, bisognerebbe decidere secondo l'opinione comune che il venditore di buona fede non deve i danni ed interessi (art. 1646). Noi abbiamo respinta la dottrina tradizionale che equipara la servitù ad un vizio, e dobbiamo quindi rigettare anche la conseguenza che se ne deduce. L'art. 1639, che segue immediatamente la disposizione relativa alla garanzia delle servitù, dichiara in modo formale che, in materia di garanzia, si applicano i principii generali sui danni ed interessi. Ora, secondo il diritto comune, il debitore, quantunque in buona fede, è tenuto ai danni ed interessi preveduti (art. 1150). Bisogna applicare questa regola al venditore (1).

276. Le parti contraenti possono derogare alle norme che abbiamo testè stabilite circa la garanzia delle servitù. Non vi ha alcun dubbio. Negli atti di vendita si incontrano frequentemente delle clausole derogatorie, che danno anche luogo ben di sovente a litigi. Troplong a questo proposito si lagna della verbosità dei notai (2). Crediamo inutile esaminare le clausole usuali che Troplong discute. Gli stessi scrittori che trattano d'ordinario queste quistioni confessano qui l'impotenza della teoria. Non resta dunque che rimettersi all'apprezzamento dei giudici e raccomandare ai notai una dicitura precisa la quale prevenga ogni contestazione.

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 472, n. 331. In senso contrario, TROPLONG, p. 282, numero 533.

(2) TROPLONG, p. 280, nn. 529-531. AUBRY e RAU, t. IV, p. 385 e nota 60, § 355. Bisogna aggiungere Bruxelles, 12 marzo 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 73). Liegi, 1.° febbraio 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 242).

Art. 2. — DELLA GARANZIA PEI DIFETTI DELLA COSA VENDUTA.

§ I. — *Quando ha luogo questa garanzia?*

N. 2. — Nozioni generali.

277. A termini dell'art. 1625 la garanzia che il venditore deve al compratore ha un secondo oggetto, i difetti occulti della cosa venduta o i vizi redibitorii. Il codice ha seguito la teoria di Pothier, il quale riferisce le due garanzie all'istesso principio, cioè all'obbligazione che il venditore contrae di far avere la cosa al compratore. Obbligarsi a far avere la cosa, egli dice, significa obbligarsi a farla avere utilmente, poichè invano il compratore avrebbe la cosa se non potesse menomamente usarne. Ora, il carattere di certi vizi chiamati redibitori è appunto quello di « rendere la cosa venduta impropria all'uso al quale è destinata, o di diminuirne talmente quest'uso, che il compratore non l'avrebbe acquistata, o ne avrebbe offerto un prezzo minore se li avesse conosciuti ». È questa la definizione che l'art. 1641 dà dei vizi redibitorii, i quali sono così chiamati perchè il compratore ha il diritto di chiedere che il venditore riprenda la cosa venduta e gli restituisca il prezzo: *redhibere est reddere* (1).

Secondo i veri principii, l'obbligazione che incombe al venditore pei vizi occulti della cosa non è l'obbligazione di garanzia. Lo stesso Pothier dice che la garanzia consiste essenzialmente nel prendere la difesa del compratore quando i diritti di costui vengano impugnati da un terzo, e non occorre rilevare che non è quistione di difesa quando la cosa è affetta da un vizio redibitorio (2). Il compratore domanda la risoluzione del contratto, o la restituzione d'una parte del prezzo. Ciò suppone che il venditore non abbia adempito la sua obbligazione, e, infatti, egli non l'adempie quando consegna al compratore una cosa viziata nel senso dell'art. 1641. Sotto questo rapporto, vi ha analogia fra l'evizione e i vizi redibitorii. In entrambi i casi il diritto del compratore è fondato sulla condizione risolutiva tacita che la legge sottintende nei contratti sinallagmatici, ma gli effetti sono considerevolmente diversi.

278. Vi ha un'apparente analogia tra i vizi redibitorii e l'errore sulla sostanza della cosa. Quando la cosa è affetta da un vizio redibitorio, il compratore versa pur nell'errore sopra una qualità della cosa, ed è possibile che il venditore condivida questo errore. Notevole tuttavia è la differenza fra le due ipotesi. L'errore

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 202.
(2) AUBRY e RAU, secondo ZACHARIAE, t. IV, p. 386, nota 1, § 355 *bis*.

vizia il consenso, perchè la cosa manca d'una qualità che le parti hanno avuto principalmente di mira. Ne consegue che il contratto è nullo. Quando la cosa venduta trovasi affetta da un vizio redibitorio, non vi ha errore sopra una qualità sostanziale: la cosa ha un difetto che impedisce di servirsene (1), o che diminuisce l'utilità dell'uso che se ne può trarre. Il consenso non è dunque viziato, il contratto è valido. Ma, consegnando una cosa viziata nel senso dell'art. 1641, il venditore manca alla sua obbligazione di far avere al compratore una cosa propria all'uso al quale il compratore la destina. Di qui il diritto per costui di chiedere la risoluzione del contratto. Gli effetti di questa risoluzione sono molto diversi dagli effetti della nullità, come potrà vedersi dai dettagli nei quali tosto ci addentreremo.

279. Le disposizioni del codice civile sui vizi redibitorii sono state modificate, in Francia e nel Belgio, riguardo agli animali domestici (legge francese del 20 maggio 1838, e legge belga del 28 gennaio 1850) (2). Il codice civile si era limitato a consacrare la tradizione, temendo di contrariare abitudini radicate; ma variando questi usi all'infinito ed essendo talvolta incompleti, ne risultava una grande incertezza in una materia usuale che interessa in alto grado il commercio e l'industria, e che è di un'applicazione giornaliera.

La legge belga, intitolata *Legge sui vizi redibitorii*, non è così generale come si potrebbe credere stando al titolo che porta. Essa deroga al codice civile, non lo abroga. L'art. 1° dispone: « Sono considerati vizi redibitorii, che soli daranno adito all'azione risultante dall'art. 1641 del codice civile, nelle vendite o permute dei cavalli, asini, muli ed altri animali domestici appartenenti alla specie ovina, bovina o porcina, le malattie o difetti che saranno indicati dal Governo, colle restrizioni e condizioni ch'esso giudicherà convenienti ». Così la legge è speciale, e non concerne nemmeno tutti gli animali domestici, riferendosi soltanto alle specie enumerate nell'art. 1°. Quanto agli altri animali, nonchè alle cose mobili ed immobili, rimane in vigore il codice civile (3). La legislazione sui vizii redibitorii trova frequenti applicazioni sopratutto per gli animali domestici: la legislazione sui vizi redibitori è di frequente applicazione. Il legislatore si è limitato a provvedere ad un bisogno pratico. Noi esporremo i principii generali, secondo il codice civile, accontentandoci di rilevare le deroghe che la nuova legge vi ha recate.

---

(1) È la dottrina tradizionale. Ma l'errore che ha per risultato che il compratore non può servirsi della cosa non è il più sostanziale degli errori?

(2) La legge belga riproduce le disposizioni della legge francese, con qualche cambiamento. Vedi inoltre il decreto reale del 10 febbraio 1862.

(3) Cfr., per quanto concerne la legge francese, Colmet de Santerre, t. VII, p. 114, n. 87 *bis*.

N. 2. — Di quali vizi risponde il venditore?

280. Il venditore non è tenuto alla garanzia per tutti i difetti della cosa venduta, ma solamente pei vizi redibitorii, come li definisce l'art. 1641. Quali sono questi vizi? Il codice civile non li enumera e nemmeno mantiene gli usi locali su questa materia. L'art. 1648 si richiama agli usi solo per quanto concerne il termine entro di cui l'azione risultante dai vizi deve essere intentata. In diritto, le antiche consuetudini sono dunque abrogate, ma di fatto hanno conservato una grande autorità. Soltanto in base agli usi può il giudice decidere se un vizio è redibitorio, e, mantenendo il termine fissato dall'uso per proporre le azioni, il codice conserva implicitamente una certa autorità agli usi antichi, perchè il termine dipende dalla natura del vizio (1). Si vede da ciò quanto la regola del codice sia mal certa. In diritto, essa abroga gli usi, mentre, nel fatto, si continua a seguirli. Questa incertezza è scomparsa riguardo ai vizii redibitorii degli animali domestici cui si riferisce la nuova legge. Il decreto reale emanato in esecuzione della legge medesima ha colmato la lacuna che presentava il codice civile.

Quando si tratta di vizi redibitorii non preveduti dalla legge del 1850, il giudice, non essendo vincolato dagli usi, gode di un potere quasi discrezionale. Ben inteso che il vizio deve rientrare nella definizione che l'art. 1641 dà dei vizi redibitorii. Spetta al giudice decidere in fatto se il vizio rende la cosa impropria all'uso al quale è destinata, o se ne diminuisce talmente l'uso che il compratore non l'avrebbe acquistata, o ne avrebbe offerto un prezzo minore se l'avesse conosciuto. Così non ogni diminuzione d'uso rende il vizio redibitorio, ma bisogna che la diminuzione abbia esercitato un'influenza sul contratto È stato giudicato che un difetto non è redibitorio quando ne risulta soltanto un minor soddisfacimento pel compratore (2). Non vorremmo erigere questa decisione a regola di diritto, perchè è certo che, quand'anche la contrarietà sia di poco rilievo, il compratore non avrebbe contrattato o avrebbe pagato un prezzo minore.

Un'altra Corte ha posto per principio che i vizi devono essere totalmente inerenti alla cosa e talmente irrimediabili per loro natura che la cosa venduta sia per sempre impropria, in tutto o in parte, all'uso cui è destinata (3). Pare a noi che questa sia un'aggiunta alla legge, perchè essa non pretende

(1) DUVERGIER, t. I, p. 491, n. 395. Caen, 22 novembre 1826, che vi è riportato.

(2) Caen, 22 novembre 1826 (DALLOZ, v. *Vices rédhibitoires*, n. 219). AUBRY e RAU, t. IV, p. 387, n. 355 *bis*.

(3) Montpellier, 23 febbraio 1807 (DALLOZ, v. *Vices rédhibitoires*, n. 67).

un tal carattere di perpetuità. La tradizione invocata dalla Corte di Montpellier attesta contro di essa. L'editto degli edili ammetteva l'azione redibitoria anche quando la malattia da cui l'animale trovavasi affetto fosse soltanto temporanea. Ed è affatto razionale, perchè il compratore acquista per servirsi immediatamente della *cosa*; quindi l'oggetto del contratto non è perfetto quando, per un tempo più o meno lungo, egli non può valersene.

281. Non bisogna confondere i vizi redibitorii colla mancanza di certe qualità che il compratore credeva di trovare nella cosa venduta, perchè la mancanza d'una qualità non è un vizio. Ma la mancanza di qualità può dar luogo all'azione di nullità della vendita se la qualità è sostanziale, ed accade così quando le parti l'hanno avuta principalmente di mira come dice Pothier. Rimandiamo in questo punto al titolo delle *Obbligazioni*. Il tribunale di commercio della Senna ha giudicato in tal senso nel caso seguente. Era stata venduta una giumenta come docile, facile e immediatamente pronta al servizio in Parigi, ma si trovò che aveva l'abitudine di trar calci e non poteva essere attaccata senza pericolo. Il compratore domandò che il venditore fosse tenuto a riprendere il cavallo. Il convenuto oppose che la giumenta non era affetta da alcuno dei vizi redibitorii determinati dalla legge. Il fatto era vero, ma la domanda del compratore non era un'azione redibitoria, sibbene un'azione di nullità fondata sull'errore; in altri termini, essendo state certe qualità considerate dalle parti come essenziali, ne risultava che vi era errore sulla sostanza della cosa. Donde un'azione di nullità, e non di rescissione, come dice il tribunale (1).

282. Fu giudicato che un vizio non redibitorio dà luogo ad azione di nullità in caso di frode da parte del venditore. La massima ne pare troppo assoluta. Nella specie, erano state vendute alcune vacche affette dalla peste bovina. Questa malattia, sebbene mortale e contagiosa, non è compresa fra i vizi redibitori enumerati dalla legge francese del 1838, perchè estranea ai nostri climi. La Corte di Parigi ha deciso che il compratore può domandare la nullità della vendita nel caso in cui il venditore abbia venduto scientemente o in mala fede animali affetti da malattia contagiosa e di cui i regolamenti amministrativi vietano la vendita (2). Se un atto legale mette gli animali fuori di commercio, il compratore può domandare, per questo titolo, la nullità della vendita indipendentemente da ogni frode (nn. 93, 96). Ma egli non ha questo diritto, per causa di frode, se non quando il contratto è viziato dal dolo. La frode, come tale, non è una causa di nullità.

283. In base pure a questo principio ne sembra debbansi decidere alcune stranissime contestazioni che vennero

(1) Sentenza del 10 ottobre 1867 (DALLOZ, 1868, 3, 47).
(2) Parigi, 23 giugno 1873 (DALLOZ, 1874, 3, 150).

portate davanti il tribunale di commercio della Senna. Alcuni librai e rivenditori di giornali acquistano un certo numero d'esemplari della *Lanterne,* pubblicazione periodica che attaccava il governo imperiale con grande ardimento. Gli esemplari furono sequestrati. Di qui un'azione redibitoria contro l'editore. Il tribunale respinse la domanda invocando l'art. 1642, a termini del quale il venditore non è tenuto pei vizi apparenti che il compratore poteva conoscere da sè stesso (1). Era questo il caso d'applicare i principii sui vizi redibitorii? Un vizio è un difetto materiale, e difficilmente si concepisce che uno scritto sia affetto da un simile vizio. Vi era errore sostanziale? Lo scritto può avere certi caratteri, che per gli uni costituiscono un difetto, per gli altri una qualità. Ora, nella specie, i compratori avevano precisamente speculato sulla violenza degli attacchi cui si abbandonava il redattore della *Lanterne,* e quindi non potevano lagnarsi che il loro consenso fosse viziato dall'errore.

Ecco una difficoltà più singolare. L'abate Guettée pubblicò una storia della Chiesa in senso gallicano. L'opera fu messa *all'indice.* Di qui un'azione redibitoria da parte dell'editore. Il gallicanismo è un vizio redibitorio? Sì, secondo il tribunale di commercio di Parigi (2). Ci ripugna mettere la dottrina di Bossuet alla stessa stregua del cimurro o del tifo. Un tempo i gesuiti si dichiaravano gallicani a Parigi e ultramontani a Roma. Però la qualità d'una pubblicazione ecclesiastica può divenire il fondamento di un'azione di nullità. Se l'editore acquista una storia della Chiesa ch'egli crede ortodossa, ossia ultramontana, secondo la moda del tempo, e trova poi che è gallicana, può, secondo le circostanze, sostenere che vi ha errore sopra una qualità sostanziale della cosa e domandare, conseguentemente, la nullità del contratto.

284. Non basta che la cosa sia affetta da un vizio redibitorio perchè il venditore ne debba rispondere. L'art. 1641 dice ch'egli deve la garanzia sol quando il difetto è occulto, e l'articolo 1642 ne trae la conseguenza che il venditore non è tenuto pei vizi apparenti e che il compratore poteva da sè stesso conoscere. La legge presume che il compratore, avendo potuto da sè stesso conoscere l'esistenza del vizio, l'abbia realmente conosciuto, e se lo ha conosciuto, ha consentito a comperare la cosa malgrado il vizio, e quindi non può lagnarsi che il venditore abbia mancato alle sue obbligazioni vendendogli una cosa viziosa. Pertanto questi non è tenuto alla garanzia, la garanzia non essendo dovuta che per l'inadempimento delle obbligazioni del venditore.

Quando i difetti sono apparenti? L'art. 1642 dà, se non una definizione, almeno una spiegazione dei difetti apparenti dicendo

---

(1) Sentenza del 14 ottobre 1868 (DALLOZ, 1868, 3, 54).
(2) *Belgique judiciaire,* t. X, 1852, p. 1376.

che sono quelli che il compratore ha potuto da sè stesso conoscere. Non è dunque necessario ch'essi colpiscano lo sguardo. Il compratore deve esaminare la cosa e verificarla, e se la verifica s'accorgerà dei difetti che la viziano. Ma se non procede alla verifica, potrà sostenere che non conosceva il vizio? No. Gli si risponderebbe coll'art. 1642, ch'egli ha potuto da sè stesso conoscerlo, e che se non l'ha fatto, deve sopportare le conseguenze della propria negligenza.

Il punto di sapere se il difetto sia apparente od occulto è una questione di fatto la quale, per sua natura, è abbandonata all'apprezzamento del giudice. La Corte di cassazione ha deciso che il venditore di un cavallo non era garante, quantunque il cavallo fosse improprio al servizio al quale il compratore lo destinava, perchè questi aveva potuto, all'atto del contratto, constatare l'esistenza del vizio di cui si lagnava. Il cavallo aveva l'andatura impacciata. Per riconoscere questo difetto, dice la Corte, bastava attaccare (1). È una massima molto rigorosa, e, dal punto di vista dell'equità, Pothier ha ragione di fare le sue riserve, ma in diritto non vi ha alcun dubbio. Si è preteso che il venditore doveva essere garante quando la verifica della cosa era più o meno difficile, in forza delle circostanze (2). L'art. 1642, che Duranton cita in appoggio della sua opinione, non dice quello che gli si vuole attribuire. Se il compratore può conoscere il difetto verificando la cosa, non ha diritto alla garanzia. La legge non distingue se la verifica è più o meno difficile. Tutto ciò che il giudice deve constatare è se il compratore ha potuto da sè medesimo conoscere il difetto.

Il compratore deve fare la verifica al momento del contratto e, per conseguenza, prima di asportare la cosa o di riceverla. Anche questa regola è molto severa, poichè rende il compratore vittima della sua fiducia. La giurisprudenza ha moderato il rigore della legge permettendo al compratore di fare in casa sua, nei suoi magazzeni, la verifica della cosa, quando tale è l'uso costante del luogo in cui avviene la vendita (3). È necessaria quest'ultima condizione. L'uso, nella presente materia, ha una grande autorità. Il compratore è dunque in diritto di affermare ch'egli ha comperato sotto la condizione di verificare la cosa a domicilio.

Vi ha una sentenza della Corte di cassazione che sembra eccedere il principio, quale fu da noi testè formulato. La vendita aveva per oggetto novecento fucili consegnati nel porto di Genova. La verifica non ebbe luogo che a Marsiglia e a Saint-Etienne, e speciali commissioni riconobbero che i fucili non potevano

---

(1) Rigetto, 25 aprile 1831 (Dalloz, v. *Obligations*, n. 4670).

(2) Duranton, t. XVI, § 338, n. 310. In senso contrario, Aubry e Rau, t. IV. p. 387, nota 8, § 355 *bis*.

(3) Rouen, 11 dicembre 1806 (Dalloz, v. *Vices rédhibitoires*, n. 73).

essere usati secondo la loro destinazione, perchè non avevano nè la solidità necessaria per resistere, nè la finitezza bastevole ad assicurare la regolarità e la continuità del tiro. La sentenza impugnata accettò la verifica così fatta. Fu prodotto ricorso in Cassazione per violazione degli art. 1641-1643. La Camera delle richieste decise che il compratore non aveva avuto la *facilità* necessaria per procedere alla prova dei fucili all'atto della consegna. Dovrà dirsi per questo che la verifica possa sempre farsi quando, all'atto della vendita, essa è difficile? No. La Corte spiega il suo concetto soggiungendo che a Genova i fucili non avevano potuto essere sottoposti a prove le quali soltanto avrebbero potuto far conoscere i loro vizi occulti, che un semplice esame non poteva indicare (1). Così la Corte intende dire che la verifica era impossibile, di modo che le parti avevano dovuto sottintendere che la verifica sarebbe stata fatta più tardi. Vi ha una sentenza della Corte di Gand in questo senso (2).

285. Il venditore è obbligato per il vizio occulto quand'anche non gli fosse noto, salvo a lui di stipulare che non sarà tenuto ad alcuna garanzia (art. 1643). La garanzia non è fondata sulla mala fede del venditore. Egli è garante per ciò solo che non adempie le sue obbligazioni. La sua buona fede o il suo dolo non sono presi in considerazione che per determinare l'estensione della garanzia alla quale il compratore ha diritto.

Che dovrà dirsi se il compratore conosceva il vizio, sebbene fosse occulto? Il codice non prevede la difficoltà. Pothier pone come condizione della garanzia, che il vizio non sia stato conosciuto dal compratore, il che è perfettamente razionale (3). Egli non ha diritto alla garanzia dei vizi apparenti, perchè si presume che li abbia conosciuti. A maggior ragione non può agire quando conosceva il vizio nell'atto che faceva l'acquisto.

286. Pothier esige ancora un'altra condizione perchè vi sia luogo a garanzia. Bisogna che il vizio sia esistito al tempo del contratto. Dal momento che la vendita è perfetta, egli dice, la cosa sta a rischio del compratore. Vi ha un'altra ragione di decidere. La garanzia è fondata sull'inadempimento delle obbligazioni contratte dal venditore. Ora, quando egli vende una cosa non viziata, soddisfa alle sue obbligazioni e per conseguenza il compratore non può avere alcuna azione contro di lui. È cosa evidente, e per questo, senza dubbio, la legge non lo dice. Resta a sapere chi deve provare che il vizio esisteva al tempo della vendita. Stando al diritto comune, la questione non sussiste nemmeno. È colui il quale chiede la garanzia, che deve provare il fondamento della sua domanda. Ora, perchè egli abbia diritto alla garanzia, non basta che vi sia un vizio redibitorio,

---

(1) Rigetto, 5 novembre 1873 (DALLOZ, 1875, 1, 70).
(2) Gand, 12 maggio 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 350).
(3) POTHIER, *Della vendita*, n. 209, e tutti gli autori.

ma occorre che il medesimo sia esistito al tempo del contratto. E questa una condizione della sua azione, e quindi spetta a lui di provarne l'esistenza.

La Corte di Grenoble ha applicato il principio nel seguente caso. Sono venduti cinquecentocinquanta cartoni di semente di bachi da seta di provenienza giapponese. Solo duecentocinquanta vengono a maturazione. Il compratore domanda, per causa di vizio redibitorio, il rimborso dei cartoni non maturati. La sua domanda, ammessa dal tribunale di commercio, venne respinta dalla Corte d'appello. La Corte pone il principio che il venditore risponde soltanto dei vizii che esistevano all'atto della vendita. Essa ne conchiude che il compratore, come attore, deve provare non solo che il difetto esiste, ma che esisteva al momento del contratto. Ora, il compratore non offriva questa prova, e quindi la sua domanda doveva essere respinta (1).

Questa dottrina è generalmente ammessa quando la legge o l'uso non fissano alcun termine per l'esercizio dell'azione in garanzia. Ma si pretende che, se un termine è fissato dalla legge o dall'uso, si presume che i vizi che si manifestano durante il corso del termine siano esistiti all'atto della vendita, salvo al venditore dare la prova contraria (2). Ecco ancora una volta una presunzione legale senza legge. Si tratta di una presunzione legale stabilita dalla dottrina. Invero, in forza di questa presunzione, si dispensa l'attore dalla prova, il che è l'effetto della presunzione legale (art. 1352) Ora, quando vi ha presunzione legale? Noi abbiamo più volte citato l'art. 1350, che definisce la presunzione legale nei termini più restrittivi. La presunzione legale è quella che una *legge speciale* attribuisce a certi atti o a *certi fatti*. Vi ha, nel caso nostro, un *fatto* al quale la dottrina e la giurisprudenza attribuiscono una presunzione, ma dov'è la legge che la stabilisce? Non entriamo nella discussione dei motivi che si danno per giustificare questa presunzione. Spetta al legislatore valutare questi motivi, perchè egli solo ha il diritto di usare delle presunzioni.

287. La garanzia dei vizii redibitorii esiste nelle vendite immobiliari? L'affermativa è insegnata da tutti gli scrittori, salvo il dissenso di Duranton, ed è consacrata dalla giurisprudenza. Non vi scorgiamo alcun dubbio. Se gli interpreti avessero maggior rispetto per la lettera della legge, questa quistione non sarebbe mai stata portata avanti i tribunali. Parlando dell'oggetto viziato la legge si vale dell'espressione *cosa venduta*. Questi termini generici comprendono tanto gl'immobili quanto i mobili. Chi dunque autorizza l'interprete a distinguere ove la legge non distingue? Sarebbe mai la tradizione? Duranton lo ha

(1) Grenoble, 4 maggio 1867 (DALLOZ, 1867, 2, 209).
(2) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 388, note 10 e 11, § 355 *bis*.

creduto, ma si è ingannato. Si invoca la relazione che Faure ha fatto al Tribunato. Ma l'opinione d'un relatore prevale forse sulla legge? Crediamo inutile insistere, poichè non potrebbe esservi dubbio (1).

Quali vizi sono redibitorii per ciò che riguarda gl'immobili? Il giudice decide, in fatto, nei limiti della definizione che l'articolo 1641 dà dei vizi redibitorii (2). Citeremo come esempio un caso nel quale l'avvocato del convenuto moltiplicò le eccezioni, le une più insignificanti delle altre. Trattavasi della vendita d'un immobile sito a Parigi fatta dal conte di Larochefoucauld alla principessa di Torremuza, all'udienza pubblica del 30 gennaio 1858. Nel 1865 si fanno dei lavori di manutenzione e si scopre che la quasi totalità dei legnami d'armatura adoperati in uno dei corpi del fabbricato era in istato di marciume e di decomposizione. Si dovette provvedere alla loro immediata sostituzione, e si constatò allora che tutti i legnami non apparenti del principal corpo di fabbricato erano logori. Il compratore intentò l'azione redibitoria per vizi occulti. Egli aveva in suo favore il testo della legge e la giurisprudenza costante della Corte di cassazione. Tuttavia il convenuto sostenne che non poteva parlarsi di azione redibitoria nelle vendite d'immobili. Si oppose al compratore l'art. 1649, a termini del quale la garanzia non ha luogo nelle vendite giudiziali. Il tribunale decise, ed è ammesso anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che questa eccezione non s'applica che alle vendite forzate, e non alle vendite volontarie fatte in forma giudiziale dalla libera volontà delle parti. Il venditore invocò anche una clausola del capitolato portante che l'aggiudicatario riceveva l'immobile nello stato in cui si trovava, senza poter pretendere alcuna garanzia od indennità contro i venditori per deterioramenti, riparazioni, ecc. Il tribunale risponde che questa clausola di non garanzia non si riferiva menomamente ai vizi occulti della cosa venduta. Lasciamo da parte, per ritornarvi più innanzi, un'obbiezione relativa al termine entro il quale l'azione doveva essere intentata.

Respinto in tutte le sue pretese, il convenuto interpose tuttavia appello contro una sentenza che limitavasi a riprodurre la dottrina unanime degli scrittori e della giurisprudenza. L'abile avvocato del conte di Larochefoucauld trovò una nuova obbiezione. Prescrivendo un termine assai breve, dice Senard, la legge ha avuto per scopo di permettere al venditore l'azione per responsabilità contro l'architetto, la quale è limitata a dieci anni. Ora, i dieci anni erano trascorsi. La Corte di Parigi respinse questo nuovo cavillo con frasi severe. La responsabilità dell'architetto, essa dice, è affatto distinta e indipendente

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 388, nota 12, § 355 *bis*.
(2) Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vices rédhibitoires*, nn. 67-70.

dall'azione in garanzia dell'acquirente contro il suo venditore, non esiste fra loro alcuna correlazione (1) E, in verità, la cosa è evidente.

288. L'art. 1649 dispone che « la garanzia dei vizi redibitorii non ha luogo nelle vendite giudiziali ». Si danno varie ragioni di questa norma eccezionale. La cosa è venduta dall'autorità giudiziaria, dice Domat, così come si trova. Questa ragione non può essere la buona, perchè non è l'autorità giudiziaria che vende, ma l'esecutato, e l'autorità giudiziaria non è che l'intermediaria. È vero che l'esecutato vende suo malgrado, donde si potrebbe indurre ch'egli non contrae alcuna obbligazione, e sopratutto che non potrebbe essere colpevole di frode. Ma anche questa ragione è poco decisiva, perchè si potrebbe dire altrettanto della garanzia in caso d'evizione. Eppure la giurisprudenza e la maggior parte degli autori ammettono che l'esecutato deve garanzia all'aggiudicatario evitto. Non si può giustificare l'eccezione dell'art. 1649 che con considerazioni di fatto. Le vendite giudiziali hanno luogo pubblicamente, in presenza d'un gran numero di persone, le quali tutte vedono ed esaminano la cosa venduta e si l'illuminano colle loro reciproche osservazioni. La qual cosa significa che accadrà di rado che il compratore ignori i vizi. Ma perchè la questione possa presentarsi bisogna supporre ch'egli non li abbia conosciuti, di modo che anche questa ragione è poco soddisfacente. Si aggiunge che, da una parte, il prezzo di vendita è sovente molto basso, quasi sempre al di sotto del valore reale della cosa, mentre le spese sono considerevoli, e queste spese sarebbero perdute se l'aggiudicazione venisse risolta. Infine, si invoca l'interesse dei creditori. E a loro che vien pagato il prezzo. Bisognerebbe dunque, in caso di risoluzione, far annullare il riparto del denaro fatto a un gran numero di persone, il che presenterebbe difficoltà e inconvenienti che la disposizione del codice previene. Ne risulta che la vendita prende un carattere aleatorio. I compratori, sapendo di non aver diritto alla garanzia, offriranno un prezzo d'altrettanto minore (2).

L'incertezza che domina intorno al vero motivo della legge favorisce le contestazioni. Per conseguenza, i tribunali hanno dovuto ricercare quale sia la vera ragione per cui è fondata l'eccezione dell'art. 1649. La Corte di Parigi, nell'ottima sentenza che abbiamo citato (n. 287), dice presumersi che il creditore il quale procede alla vendita non conosca menomamente lo stato della cosa; che non può, per conseguenza, essere tenuto ad alcuna garanzia pei vizi occulti. Ciò suppone che la garan-

---

(1) Parigi, 30 luglio 1867 (Dalloz, 1867, 2, 227).

(2) Duvergier, t. I, p. 509, n. 408. Mourlon, t. III, p. 249, n. 611. Colmet de Santerre, t. VII, p. 113, n. 86 *bis*. Faure, *Relazione*, n. 28 (Locré, t. VII, pagina 97).

zia, per diritto comune, starebbe a carico del creditore sequestrante. È un equivoco, perchè il creditore il quale procede a sequestro non è venditore, e soltanto il venditore è tenuto alla garanzia.

Nel caso giudicato dalla Corte di Parigi si pretendeva che l'eccezione dell'art. 1649 s'applicava alla vendita volontaria che le parti fanno liberamente nella forma giudiziale alla pubblica udienza. Il testo della legge dice il contrario. Esso parla di vendite fatte dall'*autorità* giudiziaria, vale a dire di vendite forzate, o di espropriazioni in base a sequestro (1). Però generalmente s'intende la legge in un senso molto restrittivo. L'articolo 1684 contiene una disposizione analoga. Esso reca che la rescissione per lesione non ha luogo in tutte le vendite che a termini della legge, non possono farsi se non mediante l'autorità giudiziale, il che comprende le vendite in cui sono interessati i minori. La giurisprudenza interpreta nello stesso senso la disposizione dell'art. 1649. Queste vendite somigliano, infatti, a quelle che si fanno in base a sequestro, nel senso ch'esse non possono aver luogo senza che siano ordinate dai tribunali i quali possono rifiutare l'autorizzazione. La vendita si fa dunque dall'autorità giudiziaria (2).

§ II. — *Degli effetti della garanzia.*

289. I vizi redibitorii danno luogo a due azioni. L'una, chiamata azione redibitoria, colla quale il compratore domanda la risoluzione della vendita, l'altra, che nella scuola si chiama azione *quanto minoris,* che tende a ottenere una diminuzione del prezzo. A termini dell'art. 1644, il compratore ha la scelta fra le due azioni. La scelta si comprende qnando la cosa venduta è impropria all'uso cui è destinata, o diminuisce talmente quest'uso, che il compratore non l'avrebbe acquistata. In questi due casi il compratore domanderà di regola la rescissione del contratto, ma egli deve avere anche la facoltà di mantenerlo. È il diritto comune quando vi ha luogo alla risoluzione in forza della condizione risolutiva tacita. Il compratore domanda allora l'esecuzione del contratto, nel senso che il venditore gli renda la parte del prezzo che non avrebbe pagato se avesse conosciuto il vizio. Ma se la natura del vizio è tale che il compratore avrebbe tuttavia acquistato la cosa, salvo a darne un prezzo minore, non si comprende, a primo aspetto, perchè la legge gli permetta di domandare la risoluzione della

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 113, n. 86 *bis*.

(2) Parigi, 2 aprile 1866 (DALLOZ, 1868, 2, 75), e 21 giugno 1870 (DALLOZ, 1871, 2, 42).

vendita. La ragione che pare abbia determinato il legislatore è che sarebbe stato difficilissimo apprezzare l'intenzione del compratore. Come conoscere s'egli avrebbe comperato una cosa il cui uso è diminuito da un vizio? Il compratore solo può saperlo. Bisognava dunque lasciargli la scelta fra le due azioni. Il giudice non poteva decidere questa difficoltà È una questione di convenienza e di gusto (1).

Resta ancora una questione di fatto difficilissima a risolversi. Come si valuterà il prezzo che il compratore avrebbe dato per la cosa se avesse conosciuto il vizio? L'art. 1644 dice che la parte del prezzo che il compratore può farsi restituire, se vuol ritenere la cosa, sarà arbitrata da periti. La perizia non raggiunge lo scopo, perchè i periti non possono tener conto dei gusti del compratore. In fatto, questi preferirà domandare la risoluzione della vendita. Le nuove leggi emanate riguardo agli animali domestici hanno troncato la difficoltà in questo senso. Esse non ammettono l'azione di riduzione del prezzo (2).

290. Il compratore ha la scelta fra due azioni in forza dell'articolo 1644. Fino a quando può usare di questo diritto? Egli conserva la scelta finchè non vi ha rinunciato. Se rinuncia ad una delle azioni consuma la sua scelta. Ma quando si può dire che rinunci? La difficoltà si presenta per la rinuncia tacita e, specialmente, per la questione di sapere se il compratore che intenta una delle azioni può ritornare sulla sua domanda e intentar l'altra. Proporre una domanda non implica alcuna rinuncia, poichè non ne risulta alcun diritto pel convenuto, a meno che questi non vi abbia fatto acquiescenza, o sia intervenuta una sentenza. Nulla impedisce al compratore di cambiare la sua domanda (3). Se fosse rimasto soccombente nella sua azione di risoluzione o di diminuzione del prezzo, potrebbe ancora intentare l'altra azione? No, perchè vi sarebbe cosa giudicata, in quanto la reiezione della domanda ha voluto significare non esservi luogo alle azioni, quali che siano, che nascono dai difetti della cosa. Per ciò solo che l'una delle due azioni è rigettata non vi ha luogo all'altra (4).

291. Il compratore che chiede la riduzione del prezzo vuol mantenere la vendita. È questo il suo diritto. Non può egli, invece d'una riduzione del prezzo, domandare che il venditore sia tenuto a riparare i vizi e i difetti? La Corte di Parigi ha giudicato l'affermativa (5). La cosa ci pare dubbia. Per principio, il compratore non ha alcuna azione contro il venditore pei difetti della cosa, salvo quando questi difetti costituiscano vizi redi-

---

(1) Cfr. DUVERGIER, t. I, p. 497, n. 397. DURANTON, t. XVI, p. 316, n. 320.

(2) Legge del 28 gennaio 1850, art. 7. Sulla legislazione francese, vedi DEMANTE, t. VII, p. 115, n. 89.

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 389, e nota 18, § 355 *bis*.

(4) DURANTON, t. XVI, p. 354, n. 328, e tutti gli autori.

(5) Parigi, 1.° dicembre 1860 (DALLOZ, v. *Vices rédhibitoires*, n. 145).

bitorii, e la legge determina quali siano gli effetti di questi vizi. Il compratore non ha dunque altri diritti che quelli che la legge riconosce, e la legge non gli dà la facoltà d'esigere delle riparazioni. Non insistiamo su questa critica, perchè è puramente teorica. Avendo il compratore diritto di domandare la risoluzione della vendita, il venditore consentirà il più delle volte a fare le riparazioni se il compratore vuol contentarsene, perchè tale è l'interesse del venditore.

292. L'azione redibitoria è un'azione di risoluzione. Il compratore rende la cosa e il venditore restituisce il prezzo. Sono questi i termini dell'art. 1644. La risoluzione annulla il contratto, come se non fosse mai esistito (art. 1183). Non bisogna però concluderne che il contratto debba necessariamente essere risolto per la totalità. Ciò dipende dall'oggetto della vendita. D'ordinario è una cosa determinata ed unica che si trova viziata, e che il compratore rende quando propone l'azione redibitoria. Ma se si tratta di mercanzie la cui consegna ha luogo successivamente, nulla impedisce di dividere il contratto, mantenendolo per le forniture fatte, e sciogliendolo per le forniture che restano a farsi (1).

293. Gli effetti dell'azione redibitoria sono quelli di ogni altra azione di risoluzione. Pothier dice che le cose sono rimesse nello stesso stato come se il contratto non fosse intervenuto. Così presso a poco si esprime l'art. 1183. Per conseguenza il compratore ha diritto di domandare che gli sia restituito il prezzo. L'art. 1644 non parla degli interessi del prezzo. Pothier dice che il venditore deve gli interessi dal giorno che ha riscosso il prezzo, a meno che il giudice non trovasse bene di compensarli coi frutti che il venditore deve restituire. A nostro avviso, questa compensazione non può farsi, perchè contraria al principio della risoluzione che deve rimettere le parti nello stesso stato come se l'obbligazione non fosse mai esistita. Il giudice non ha diritto di derogare a questa regola, e tanto meno lo può in quanto la compensazione sarebbe d'ordinario dannosa al compratore, ben di rado i frutti equivalendo agli interessi (2).

Il compratore, alla sua volta, deve rendere la cosa (art. 1644). Se la cosa è perita pel vizio dal quale era affetta, il compratore non deve restituire che quanto rimane: la pelle dell'animale, dice Pothier. Può darsi ch'egli non debba nulla. Così accadrebbe se una vacca morisse di malattia contagiosa, e fosse tutta intera sotterrata in forza di regolamenti di polizia. La Corte suprema ha fatto l'applicazione di questo principio alla vendita di grani da semina. Era provato che

---

(1) Rigetto, 26 aprile 1870 (DALLOZ, 1871, 1, 11).

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 217. TROPLONG, p. 302, n. 573. In senso contrario, DUVERGIER, t. I, p. 510, nota 4, n. 410.

i grani non avevano potuto germogliare per la loro cattiva qualità. In conseguenza, il compratore non aveva nulla da restituire (1).

294. Il compratore ha diritto ai danni ed interessi? Bisogna distinguere, secondo gli articoli 1645 e 1646, se il venditore è di buona o di mala fede. « Se il venditore ignorava i vizii della cosa, non sarà tenuto che alla restituzione del prezzo, e a rimborsare l'acquirente delle spese occasionate dalla vendita ». Si deve conchiudere da ciò che il venditore di buona fede non è tenuto ai danni ed interessi verso il compratore? La redazione restrittiva dell'art. 1646 sembra dire così, e tale è l'opinione generalmente insegnata. Essa pare confermata dal confronto dell'art. 1645 coll'art. 1646. Il primo dispone che il venditore di mala fede è tenuto a *tutti i danni ed interessi* verso il compratore, mentre il secondo dice che il venditore di buona fede non è tenuto che alla restituzione del prezzo e delle spese (2). Noi crediamo che una simile interpretazione della legge non sia conforme all'intenzione del legislatore. Questi ha tolto a Pothier la teoria dei danni ed interessi e l'applicazione che gli articoli 1645 e 1646 ne fanno ai vizi redibitorii. Quale è, per principio, l'obbligazione del debitore di buona fede? Egli non è tenuto che ai danni ed interessi che vennero preveduti o che si poterono prevedere al momento del contratto (art. 1150). E che cosa s'intende per danni ed interessi *previsti?* Pothier spiega che sono i danni ed interessi *intrinseci*, vale a dire quelli che il creditore prova nella cosa che forma oggetto del contratto, in opposizione ai danni ed interessi *estrinseci*, che il creditore soffre negli altri suoi beni. Rimandiamo a quanto si è detto su questo punto al titolo delle *Obbligazioni* (v. XVI, nn. 289-293).

L'art. 1646 deroga a questo principio? No, se si consulta, come è dovere, la dottrina di Pothier. Quando il venditore, egli dice, ignora il vizio redibitorio, la garanzia non si estende ordinariamente che alla *cosa venduta*. Il venditore è obbligato di restituire al compratore il prezzo che dovè sborsare per averla, e non è obbligato alla riparazione del danno che il vizio della cosa venduta ha cagionato al compratore negli *altri suoi beni* (3). Ecco la spiegazione dell'art. 1646. La legge non fa che applicare ai vizi redibitorii la regola che governa le obbligazioni del debitore di buona fede. Non bisogna dunque porre per principio che il venditore di buona fede non deve i danni ed interessi, ma è d'uopo ritenere ch'egli è tenuto ai danni ed interessi che il compratore soffre nella cosa venduta conformemente al diritto comune. Ne conchiudiamo che l'art. 1646 non è così restrittivo

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 220. Rigetto, 22 marzo 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 83).
(2) DUVERGIER, t. I, p. 511, n. 411. MOURLON, t. III, p. 247, n. 605.
(3) POTHIER, *Della vendita*, n. 213.

come pare. La restrizione riguarda uicamente il danno che il compratore prova negli *altri suoi beni,* ma egli ha diritto a tutti i danni e interessi che soffre nella cosa venduta. Il codice e così pure Pothier non prevedono che il *danno* o la *perdita* che fa il compratore, ma il creditore ha diritto anche al guadagno di cui è stato privato per la cosa viziata che il venditore gli ha consegnato. Se il codice non lo dice, è perchè le leggi non prevedono che i casi ordinarii. Ora, la perdita ordinaria che il compratore risente è quella del prezzo che ha pagato e delle spese. Se ha sofferto altre perdite, e i danni ed interessi siano previsti, vale a dire intrinseci, il compratore potrà reclamarli. La giurisprudenza si accosta alla nostra opinione. Prima di farla conoscere, completeremo l'esposizione della dottrina di Pothier.

295. Pothier fa una restrizione alla regola che stabilisce. L'obbligazione del venditore di buona fede, egli dice, non si estende *ordinariamente* che alla cosa venduta. Se, senza avere una conoscenza formale del vizio, aveva un legittimo motivo per sospettarlo, e non ne abbia detto nulla al compratore, questa reticenza è un dolo. Bisogna dunque che il venditore faccia tutto ciò che la buona fede gli comanda, perchè possa invocare l'art. 1616. Su questo punto non potrebbe esservi alcun dubbio.

Non basta. Quand'anche egli ignorasse assolutamente il vizio della cosa, sarebbe tenuto a risarcire il danno che il compratore soffra negli altri suoi beni, se è un operaio od un mercante che vende opere della sua arte o del commercio di cui fa professione. La ragione si è che un operaio si rende responsabile della bontà dei suoi lavori. La sua imperizia o la mancanza di cognizioni in tutto quanto riguarda l'arte sua costituisce una colpa che gli è imputabile, non dovendo alcuno esercitare pubblicamente un'arte se non possiede tutte le cognizioni necessarie per bene esercitarla. Gli è lo stesso del mercante fabbricante o non fabbricante. Per la professione pubblica ch'egli fa del suo commercio si rende responsabile della bontà delle mercanzie che spaccia. Se è fabbricante, non deve impiegare che buoni operai e buone materie prime. Se non è fabbricante, non deve esporre in vendita che buone mercanzie. Egli deve intendersene e non smerciare che buone mercanzie (1).

Su quest'ultimo punto gli scrittori moderni seguono la dottrina di Pothier. Però essa pare in opposizione coi termini restrittivi dell'art. 1646. Si suppone che il venditore ignorasse assolutamente il vizio, e lo si dichiara tuttavia responsabile di tutti i danni ed interessi che il compratore soffre, anche negli altri suoi beni. Per conciliare questa decisione col principio che esonera il venditore di buona fede dai danni ed interessi, si

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 212.

dice *presumersi* che l'operaio o il commerciante abbiano conosciuto i vizii (1). Ecco ancora una presunzione legale senza legge! Non è più semplice il dire che si seguono le regole generali in materia di danni e interessi? Ora, l'operaio e il commerciante devono prevedere il danno che il compratore risentirà per la cosa che gli vendono, se è viziosa. A loro riguardo, i danni ed interessi previsti hanno dunque un'estensione molto maggiore che rispetto ad un altro venditore.

296. La giurisprudenza tende a rendere il venditore responsabile del danno che il compratore prova, quantunque legalmente sia in buona fede, nel senso che ignora il vizio. Un armaiuolo vende un fucile d'una provenienza che doveva farlo dubitare della sua buona fabbricazione. Egli lo consegna senza averlo preventivamente provato in modo rigoroso e senza avvertire il compratore. Questi, facendo delle prove di tiro, rimane ferito dall'esplosione dell'arma. Di qui un'azione di danni ed interessi. L'armaiuolo sostiene che ha ignorato il vizio, che, quindi, non è tenuto ai danni ed interessi verso il compratore. È stato giudicato che il venditore, nella specie, era responsabile. La Corte si fonda sulla teoria di Pothier che abbiamo esposta or ora. Ma come eliminare l'obbiezione che il convenuto attingeva nell'art. 1646? La Corte gli oppone l'art. 1382, vale a dire la regola che concerne i delitti e i quasi delitti (2). Questa decisione ne pare inammissibile. Essa confonde la colpa nelle obbligazioni che si formano senza convenzione colla colpa nelle obbligazioni contrattuali. La colpa del venditore di buona fede è prevista dall'art. 1646, e la legge decide quale ne sia la conseguenza. Quindi non può parlarsi dell'art. 1382, ma bisogna attenersi all'art. 1646, interpretandolo secondo la dottrina di Pothier. Ora, Pothier non invoca la colpa aquiliana, ma applica i principii generali che reggono la colpa. Secondo la nostra opinione, l'art. 1646 non vi deroga.

La Corte di cassazione ha invocato l'art 1382 anche nel caso seguente. Trattasi della vendita di duecentocinquanta quintali di fecola. Il compratore aveva ceduto il suo contratto a terzi, i quali, avendo ricevuto centocinquanta quintali, rifiutavano di prendere la consegna del resto, perchè la mercanzia era avariata. Di qui una domanda di risoluzione con danni e interessi. La Corte accordò i danni e interessi per spese e disturbi cagionati al compratore e per il danno da lui sofferto, la sua onorabilità essendo stata compromessa e il suo credito commerciale scosso. Fu prodotto ricorso in Cassazione per violazione dell'art. 1646. La Corte pronunciò una sentenza di rigetto, pel motivo che la sentenza impugnata aveva fatto una giusta applicazione degli articoli 1382 e 1383 (3).

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 389 e nota 17, § 355 *bis*, e gli autori che citano.
(2) Aix, 4 gennaio 1872 (Dalloz, 1873, 2, 55).
(3) Rigetto, 26 aprile 1870 (Dalloz, 1871, 1, 11).

La decisione ne pare dubbia. Non vi era altro fatto dannoso, nella specie, che quello di vendere una mercanzia viziata. Questa è una colpa contrattuale. La difficoltà stava dunque nell'art. 1646. Ora, gli si dava un'estensione arbitraria escludendolo per invocare una regola affatto diversa scritta per un diverso ordine d'obbligazioni, i delitti e i quasi-delitti.

297. Vi hanno decisioni che si avvicinano più direttamente all'opinione che noi abbiamo insegnata, ma l'imbarazzo delle Corti per motivarle è sempre lo stesso. Il compratore d'un immobile fa delle spese che lo migliorano. Poi la vendita è rescissa per vizi redibitorii. Nasce controversia intorno ai danni e interessi. Devesi applicare l'art. 1646? No, dice la Corte di cassazione. Questa disposizione non è applicabile che al caso in cui la cosa venduta è rimasta nello stesso stato. Ritrovando il venditore la cosa stessa che ha consegnato senza aumento, non vi ha luogo a rimborsare al compratore altra perdita che quella del prezzo che ha pagato. Ma quando il compratore fa delle spese di miglioria, il venditore, quantunque di buona fede, deve tenergliene conto. In forza di qual principio? È quello che la Corte non dice. Su quali basi dev'esser fissata l'indennità? La Corte d'appello aveva calcolato le spese fatte dal compratore. La Corte di cassazione dice essere questa una violazione degli articoli 555 e 1634. Ora, nessuno di questi due articoli è applicabile in materia di vizi redibitorii. Il primo non parla che dei rapporti fra il proprietario rivendicante e il terzo possessore, il secondo tratta della garanzia in caso d'evizione. In sostanza, la Corte di cassazione decide che il compratore deve essere indennizzato del danno che prova, fino a concorrenza del maggior valore che aveva procurato all'immobile, ma non cita alcuna legge applicabile alla specie (1). Noi crediamo la decisione esatta. Essa è giustificata dal principio che il debitore di buona fede è tenuto ai danni ed interessi previsti, vale a dire intrinseci. Ora, è appunto nell'immobile venduto che il compratore riferiva il danno, e quindi il venditore, sebbene di buona fede, doveva ripararlo.

Ecco un altro caso nel quale la Corte ha egualmente accordato i danni ed interessi, sebbene il venditore fosse di buona fede. Una casa venduta e locata dal compratore fu demolita nell'interesse della sicurezza pubblica. Viene spiegata azione per risoluzione della vendita e pei danni ed interessi. I vizi erano redibitorii e occulti, allegandosi il cattivo stato delle fondamenta, la cattiva qualità della calce, ecc. Sorta questione sui danni e interessi, la Corte d'appello li accordò al locatario, e la Cassazione respinse il ricorso contentandosi di dire che la sentenza impugnata non aveva violato alcuna legge (2). Non è questa una moti-

(1) Cassazione, 29 marzo 1852 (Dalloz, 1852, 1, 65).
(2) Rigetto, 16 novembre 1853 (Dalloz, 1853, 1, 322).

vazione, ma una semplice affermazione. Noi crediamo che la decisione sia corretta. I danni e interessi erano intrinseci, dunque previsti, e quindi il venditore di buona fede vi era tenuto, secondo la dottrina di Pothier.

298. « Se il venditore conosceva i vizi della cosa, è tenuto, oltre alla restituzione del prezzo ricevuto, a tutti i danni ed interessi verso il compratore ». È questa l'applicazione del diritto comune (art. 1151).

§ III. — *Dell'azione in garanzia.*

299. « L'azione redibitoria proveniente dai vizi della cosa deve proporsi dall'acquirente entro un breve termine, secondo la natura dei vizi redibitorii e la consuetudine del luogo dove è stata fatta la vendita » (art. 1648). Questa azione è sempre stata soggetta a un termine breve, allo scopo di prevenire i litigi che potrebbero sorgere sulla questione di sapere se i vizi esistevano al momento della vendita o se sono posteriori. Quando l'azione è proposta dopo dieci o venti giorni, questo punto di fatto può essere facilmente stabilito, mentre se fosse intentata dopo mesi o dopo anni, la cosa diverrebbe sempre più difficile, il che moltiplicherebbe le contestazioni e ne renderebbe la decisione molto incerta.

300. Quale è il *breve termine* entro il quale l'azione deve essere intentata? La legge si rimette agli usi locali, e conserva loro, per conseguenza, forza legale. Questi usi variano da un luogo all'altro. Perchè gli autori del codice civile hanno mantenuto, in questa materia, l'infinita varietà delle consuetudini, mentre lo scopo della codificazione era precisamente di sostituirla coll'unità del diritto? L'oratore del Tribunato risponde che il legislatore non ha voluto urtare antiche tradizioni (1). « Talvolta la legge, nella sua azione, deve prendere il carattere dell'amministrazione. La legge, per voler essere uniforme, diverrebbe sovente ingiusta disconoscendo queste differenze che dipendono dalle località. Bisogna dunque che il legislatore rispetti usi invariabili che sono divenuti una specie di legge vivente ». È quanto dire che gli usi hanno forza di legge in quanto concerne i termini. È vero che l'art. 1648 soggiunge *secondo la natura* dei vizi redibitorii, donde si è conchiuso che spettava al giudice regolare il termine consultando gli usi locali e avendo riguardo alla natura dei vizi (2). Ma la legge non dice questo, essa non parla del giudice, limitandosi a disporre che, a dif-

---

(1) Grenier, *Discorsi*, n. 27 (Locré, t. VII, p. 112).

(2) Zachariae, combattuto dai suoi editori Aubry e Rau, t. IV, p. 390, nota 25, § 355 *bis*.

ferenza della prescrizione ordinaria che è uniforme, il termine varierà per l'azione dei vizi redibitorii, e per sapere quale è questo termine rimanda agli usi locali. Quando dunque esistono usi, hanno forza di legge. La giurisprudenza è in questo senso (1), per meglio dire, non pare nemmeno che la questione sia stata sollevata. Il testo del codice la decide.

301. L'art 1648 suppone che vi siano usi locali per ogni vizio. Questo non è. Vi ha dunque una lacuna nella legge. Chi la colmerà? Il magistrato, il quale deve sempre giudicare, anche quando la legge è muta (art. 4). Tale era anche il pensiero degli autori del codice. Il relatore del Tribunato dice che, in mancanza d'usi, la prudenza del giudice vi supplirà (2). I tribunali hanno dunque, in questa materia, un potere discrezionale. Essi decideranno, secondo la natura del vizio e il lasso di tempo nel quale ha potuto manifestarsi, entro qual termine l'attore ha dovuto agire. Questo termine deve essere breve. Il giudice potrà respingere l'azione, pel motivo che, secondo le circostanze della causa, l'azione non è stata intentata entro un breve termine. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto (3). A Parigi nessun uso locale regola la durata del termine per i vizi redibitorii delle case. La Corte di Parigi ne ha concluso che spetta ai tribunali misurarlo secondo le circostanze della causa Nella specie, l'azione era stata intentata entro sei mesi dal giorno in cui il compratore aveva riconosciuto il cattivo stato dell'armatura di legname. Venne giudicato che il termine era a ritenersi breve secondo lo spirito della legge e che, per conseguenza, l'azione era ammissibile (4).

302. Rimane una difficoltà. Quando comincerà a decorrere il termine? La legge non lo dice. Se si tratta di un termine fissato da un uso locale, è questo che bisogna consultare, perchè la questione di sapere da qual giorno il termine comincia a decorrere si connette intimamente alla durata del termine. In mancanza d'uso spetta ancora al giudice decidere. Ma in base a qual principio lo farà egli? Gli autori dicono che il termine decorre a partire dalla vendita, e non dal giorno in cui il vizio è stato conosciuto dal compratore. Per qual motivo si accorda un termine al compratore per agire? Perchè occorre un certo tempo prima che il vizio si manifesti. Una volta conosciuto il vizio non vi ha più ragione di accordare un termine al compratore, e sopratutto non vi è ragione perchè, in questo

---

(1) Rigetto, 7 febbraio 1872 (DALLOZ, 1872, 1, 129).
(2) FAURE, *Relazione al Tribunato*, n. 28 (LOCRÉ, t. VII, p. 197).
(3) DUVERGIER, t. I, p. 503, n. 404, e tutti gli autori. Tre sentenze di rigetto del 16 novembre 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 322). Liegi, 2 febbraio 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 376).
(4) Parigi, 30 luglio 1867 (DALLOZ, 1867, 2, 227).

caso, la durata del termine varii (1). La giurisprudenza s'è pronunciata per l'opinione contraria e, a nostro avviso, questa opinione è più giusta e più equa che non la dottrina degli scrittori. L'art. 1648 vuole che il termine sia breve, e lo sarà se il giudice, in mancanza d'uso, decide che l'azione ha dovuto essere intentata entro un certo termine a partire dal giorno in cui il compratore ha conosciuto il vizio. Poco importa qual sia il tempo che è trascorso dalla vendita fino al momento in cui il vizio si è manifestato. Questo tempo può essere lunghissimo, e lo è per i vizi redibitorii delle case. Nella causa decisa dalla Corte di Parigi, ventisei anni erano trascorsi senza che alcun vizio si fosse manifestato. La casa, costrutta nel 1839, presentava tutti i caratteri esteriori della solidità. Solo nel 1865 l'esecuzione di talune opere di manutenzione fece conoscere come tutti i legnami non apparenti erano marci. Lunghi anni possono dunque trascorrere prima che il compratore sia in grado d'agire. Il termine ordinario della prescrizione può essere spirato. E' certo conforme alla ragione ed all'equità, come dice la Corte di Parigi, prendere per punto di partenza del termine la scoperta del vizio redibitorio. La Corte invoca, a titolo d'analogia, la prescrizione di dieci anni, che, in caso d'errore, non comincia a decorrere che dal giorno della sua scoperta. Quando vi ha un ostacolo assoluto che si oppone, in fatto, a che il creditore agisca, il legislatore ne deve tener conto. È il caso d'applicare l'adagio giusta il quale la prescrizione non decorre contro chi non può agire (2).

303. A quali azioni si applica l'art. 1648? La legge dice: « L'azione redibitoria derivante dai vizi della cosa ». Vi hanno due azioni, quella per diminuzione del prezzo e quella per risoluzione. Qualunque sia l'azione che il compratore sceglie, deve intentarla entro un breve termine. Può esservi un'altra azione, l'azione di regresso di un secondo o susseguente venditore della cosa viziata contro il suo autore. Questa azione è in sostanza l'azione di garanzia ed è quindi soggetta all'art. 1648. Il termine dell'azione è anche il termine del regresso. La Corte di cassazione ha giudicato così nei termini seguenti: « Tanto l'azione di regresso quanto l'azione principale risultano dai vizii che danno luogo alla garanzia. Infatti, l'ultimo contro il quale è rivolta la domanda di garanzia la ritorce contro il suo garante, il quale può, alla sua volta, fare altrettanto contro il proprio e così l'azione risale fino al venditore primitivo, senza cambiare

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 504, n. 405. AUBRY e RAU, t. IV, p. 391, note 28-30, § 355 *bis*.

(2) Rigetto, 16 novembre 1853 (DALLOZ, 1858, 1, 325). Parigi, 30 luglio 1867 (DALLOZ, 1867, 2, 227). La Corte di Gand ha giudicato lo stesso per la vendita di luppolo, Gand, 2 luglio 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 176), ma le Corti del Belgio sono divise sulla questione di principio. (Vedi le sentenze citate nella *Pasicrisie*, 1861, 2, 399, nota. Aggiungi Bruxelles, 20 gennaio 1864, *Pasicrisie*, 1864, 2, 177).

nè oggetto nè carattere ». La Corte ne conchiude che l'azione di regresso, nata dall'azione in garanzia dei difetti della cosa venduta, procedendo dalla stessa causa ed essendo sottoposta per la sua giustificazione alle stesse condizioni, è necessariamente soggetta alle stesse regole nel suo esercizio e non potrebbe godere, per la sua durata, di un termine più esteso (1).

304. Gli autori del codice hanno mostrato in questa materia un rispetto eccessivo per la tradizione, tradizione non solamente variabile da un luogo all'altro, ma anche incompleta. Nel silenzio dell'uso, come saprà il compratore entro qual termine deve agire? Fra dieci giorni? Fra dodici? Si concepisce che il giudice supplisca al silenzio della legge quando si tratta di un punto di diritto, ma la fissazione di un termine è più o meno arbitraria, perchè soltanto il legislatore è competente a determinarlo. Così hanno fatto le nuove leggi pubblicate in Francia e nel Belgio sui vizii redibitorii degli animali domestici. La legge francese stabilisce essa medesima il termine entro il quale l'azione deve essere intentata e quello entro il quale il compratore deve far constatare il vizio. Esso è, in generale, di nove giorni, e decorre da quello fissato per la consegna, che ne rimane escluso. La legge belga dispone (art. 2): « Il Governo determinerà il termine entro il quale l'azione sarà intentata, sotto pena di decadenza. Questo termine non eccederà trenta giorni, non compreso il giorno fissato per la consegna ». Potendo il termine variare secondo le località ed essendo necessariamente diverso secondo la natura del vizio, la questione diventa un affare d'amministrazione come diceva il tribuno Faure. Ecco perchè il legislatore se ne è rimesso al Governo. Il decreto reale del 10 novembre 1869, emanato in esecuzione della legge del 1850, stabilisce il termine. Esso è di *trenta giorni* per certi vizi, il che equivale a dire che è il termine più lungo, il quale, per conseguenza, non può eccedere trenta giorni, come dice l'art. 2 della legge. Si domanda che cosa intende la legge per un termine che non eccede trenta giorni. La questione è stata decisa dalla Corte di cassazione, nel senso che il termine spira il trentesimo giorno. Ciò risulta dall'*Esposizione dei motivi* e dall'applicazione ch'essa fa della regola (2).

---

(1) Rigetto, 7 febbraio 1872, e la relazione del consigliere GUILLEMARD (DALLOZ, 1872, 1, 129).
(2) Rigetto, 15 luglio 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 1, 365).

§ IV. — *Quando cessa la garanzia?*

305. La legge permette al venditore di stipulare che non sarà obbligato ad alcuna garanzia. È questo il diritto comune. I contraenti possono fare le convenzioni che credono convenienti, purchè non siano contrarie ai buoni costumi e all'ordine pubblico. Risulta dall'art. 1643 che la stipulazione di non garanzia sarebbe nulla come contraria ai buoni costumi se il venditore la facesse quando conosce i vizi. Chi, conoscendo il vizio occulto d'una cosa, stipula che non sarà garante, inganna il compratore. Questi non sospetta l'importanza d'una clausola generale di non-garanzia, perchè essa non gli dà alcuna conoscenza del vizio. Se il venditore che conosce il vizio vuole liberarsi della garanzia non ha che un modo onesto di farlo: dichiarare il vizio. In questo caso, il compratore contratterà con cognizione di causa e il prezzo sarà convenuto in ragione della eventuale perdita. Si tratterà allora, in realtà, di una vendita aleatoria.

306. Se la cosa viziata perisce per caso fortuito, il compratore non ha diritto ad alcuna garanzia. La perdita ha luogo per suo conto, a termini dell'art. 1647. Ecco una deroga al diritto romano ed ai veri principii. Il venditore ha mancato alle sue obbligazioni vendendo una cosa affetta da un vizio redibitorio, e conseguentemente è responsabile. Può egli essere esonerato da questa responsabilità in virtù di un caso fortuito? No, giacchè il caso fortuito non è un motivo giuridico perchè egli s'arricchisca a spese del compratore (1). Si è tentato di giustificare la disposizione dell'art. 1647 coi principii che reggono la perdita nelle obbligazioni condizionali. Il compratore, si dice, può domandare la risoluzione della vendita per causa d'inadempimento delle obbligazioni del venditore, e quindi è proprietario sotto condizione risolutiva. Ora, i rischi sono pel compratore, debitore della cosa, sotto la condizione sospensiva che si trova in ogni condizione risolutiva (2). Questo è verissimo quando il venditore non ha contratta alcuna obbligazione speciale a riguardo del compratore, ma, nella specie, egli è garante. È dunque dal punto di vista della garanzia che bisogna mettersi per decidere la difficoltà. In sostanza, non si trovano per spiegare la legge altre ragioni che considerazioni d'utilità pratica. Il venditore è garante, a condizione che il vizio sia esistito all'atto del contratto. Quando la cosa perisce, supponendo che fosse viziata, è difficile sapere se il vizio è anteriore o posteriore alla vendita. La disposizione del codice previene queste difficoltà. Rispondiamo

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 390, nota 22, § 355 *bis*.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 112, n. 84 *bis* I.

che è bene prevenire contestazioni, ma non si deve farlo offendendo un diritto. Ora, l'art. 1647 spoglia il compratore di un diritto che derivava dal suo contratto. Dunque la disposizione è ingiusta, e la giustizia va avanti a tutto.

Se il compratore sopporta la perdita fortuita, a maggior ragione deve sopportare quella che è dovuta alla sua colpa. È questa l'opinione professata da tutti, escluso il solo Troplong, il cui dissenso è inesplicabile.

Se la cosa perisce in conseguenza del vizio, va da sè che il venditore è tenuto alla garanzia. Così dispone il primo alinea dell'art. 1647: « Se la cosa ch'era difettosa è perita in conseguenza della sua cattiva qualità, la perdita sta a carico del venditore, il quale sarà tenuto verso il compratore alla restituzione del prezzo ed alle altre indennità indicate nei due articoli precedenti ». Spetta naturalmente al compratore provare che la cosa è perita pel vizio dal quale era affetta. Questa prova constata l'inesecuzione delle obbligazioni del venditore. Egli è tenuto per conseguenza alla garanzia, secondo la distinzione fatta dagli articoli 1645 e 1646, secondochè conosceva i vizi o li ignorava.

307. L'applicazione dell'art. 1547 ha dato luogo ad una difficoltà che fu portata avanti la Corte di cassazione del Belgio. Un bue è affetto da un vizio redibitorio. Il compratore domanda la rescissione della vendita. Dopo l'introduzione della causa, l'animale muore d'una malattia estranea al detto vizio. È stato giudicato che stando la perdita per caso fortuito a carico del compratore, in forza dell'art. 1647, l'azione veniva a cadere. Questa decisione è stata cassata, e con ragione. Infatti, sta il principio che l'azione giudiziaria dà all'attore un diritto alle cose che reclama a partire dall'introduzione della causa, diritto che non può estinguersi per un caso fortuito sopravvenuto durante il corso della lite, perchè il creditore deve ottenere, dal giorno in cui agisce giudizialmente, ciò che avrebbe ottenuto se la sentenza fosse stata decisa immediatamente. Non bisogna che le inevitabili lentezze della procedura nuocano a chi è obbligato, per la resistenza della parte avversaria, a reclamare il suo diritto giudizialmente. Dunque la domanda deve essere giudicata come se la decisione fosse intervenuta il giorno stesso in cui è stata proposta. Se il diritto dell'attore era certo, egli deve vincere la causa. La sentenza non crea il diritto, essa non fa che riconoscerne l'esistenza. Ciò è decisivo (1).

---

(1) Cassazione, 19 ottobre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 134). Noi approviamo la decisione senza approvare i motivi sui quali è fondata. Questi motivi ci paiono molto contestabili. Il procuratore generale, sig. Leclercq, ha esposto benissimo la vera ragione di decidere.

CAPITOLO III.

Delle obbligazioni del compratore.

308. Dispone l'art. 1650: « L'obbligazione principale del compratore è di pagare il prezzo ». Ciò suppone che vi siano anche altre obbligazioni. A termini dell'art. 1593, le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita stanno a carico del compratore. È un'applicazione del principio che le spese devono essere sopportate da colui nell'interesse del quale si fanno. Le spese degli atti sono quelle dovute a chi li dirige. Le spese accessorie sono quelle di registrazione e di trascrizione (1). Che deve dirsi delle spese di purgazione? La questione è controversa. Vi ritorneremo al titolo delle *Ipoteche*.

La legge non parla di un'altra obbligazione del compratore, quella di ricevere la consegna della cosa venduta (2). Questo è anche un diritto, poichè tra le obbligazioni principali del venditore havvi quella di consegnare la cosa al compratore (art. 1603). Ma il diritto implica un'obbligazione che la legge sanziona con una disposizione severissima, quando si tratta d'effetti mobili ed è stato convenuto un termine per il ritiro. La risoluzione della vendita ha luogo, in questo caso, di pien diritto contro il compratore.

Bisogna dunque dire che il compratore ha due obbligazioni, quella di ricevere la consegna della cosa e quella di pagarne il prezzo.

§ I. — *Della obbligazione di ricevere la consegna della cosa.*

309. Quando deve il compratore ricevere la consegna della cosa? La questione si presenta specialmente per le mercanzie e gli effetti mobili che il compratore deve asportare. Un termine morale gli è necessario perchè possa fare l'imballaggio e il carico. D'ordinario il contratto fissa questo termine. Talvolta gli usi locali accordano un termine per certe vendite. Ora, a termini dell'art. 1135, le convenzioni obbligano non solo a ciò che nelle medesime è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che la consuetudine attribuisce all'obbligazione. Pothier lo avverte.

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 360, note 1 e 2, § 353.
(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 290.

« Vi hanno certe mercanzie per il trasporto delle quali la consuetudine dei luoghi accorda un certo termine. Per esempio, è d'uso, nei nostri vigneti d'Orléans, che i mercanti i quali comperano, al tempo delle vendemmie, i vini dei nostri raccolti abbiano tempo fino a San Martino per trasportarli ». Identica è la giurisprudenza sotto l'impero del codice civile (1).

310. È raro che il compratore ritiri le cose al momento stesso della vendita. Il venditore rimane dunque in possesso e, per conseguenza, deve conservare la cosa colla diligenza di un buon padre di famiglia (articoli 1136 e 1137). Se fa delle spese per la conservazione della cosa venduta, il compratore deve rimborsargliele, quand'anche fossero spese di manutenzione, perchè i frutti della cosa gli appartengono a partire dalla vendita, ed è sui frutti che si prelevano queste spese. Il venditore è tenuto a conservare, ma non deve sostenere alcuna spesa, poichè non ritrae più alcuna utilità dalla cosa (2).

311. Quali sono i diritti del venditore quando il compratore non ritira la cosa? Bisogna distinguere se è stato fissato un termine per il ritiro, o se non è stato convenuto alcun termine. Se non vi ha termine, il compratore deve ritirare la cosa venduta subito. Egli manca alla sua obbligazione non ritirandola. Ne consegue che il venditore ha diritto ai danni ed interessi che ne soffre. Se è privato dell'uso dei suoi magazzini, granai, cantine o cellieri che occupava la mercanzia venduta, si invoca una perdita. Il compratore deve ripararla. Ben inteso che il venditore deve mettere il compratore in mora con una diffida. Pothier dice che il venditore può anche citare il compratore affinchè, quando questi non trasporti le mercanzie vendute nel termine che sarà fissato dal giudice, gli sia permesso di liberarsene a spese del compratore. Liberarsene, significa depositarle nel luogo indicato dalla sentenza. Bisogna aggiungere che il venditore potrà, invece di pretendere l'esecuzione del contratto, domandarne la risoluzione, perchè, non adempiendo il compratore all'obbligazione che gli incombe, il venditore può usare del diritto di risoluzione che la legge (art. 1184) sottintende in ogni contratto sinallagmatico. È questo il diritto comune (3).

312. Se è fissato un termine per il ritiro della cosa si applica l'art. 1657 così concepito: « Trattandosi di vendita di derrate ed effetti mobili, lo scioglimento della vendita avrà luogo *ipso jure* e senza intimazione a vantaggio del venditore, spirato il termine stabilito per riceverne la consegna ». Questa disposizione deroga ai principii generali che governano la risoluzione dei contratti. Nel caso ch'essa prevede non vi ha

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 291. Rennes, 27 agosto 1821 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1396). Bordeaux, 8 dicembre 1853 (DALLOZ, 1855, 5, 468).

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 291 e tutti gli autori moderni.

(3) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. IV, p. 395, nota 2, § 356.

condizione risolutiva espressa, ma la risoluzione ha luogo in forza della condizione risolutiva tacita che l'art. 1184 sottintende in tutti i contratti bilaterali. Ora, questa condizione non opera di pien diritto, mentre, nel caso dell'art. 1657, il contratto è risolto *ipso jure*. La legge aggiunge *e senza citazione*. È una deroga alla norma che l'art. 1656 stabilisce per la risoluzione delle vendite immobiliari. Quand'anche il contratto stabilisca che la vendita sarà disciolta *ipso jure*, non pagandosi il prezzo nel termine stabilito, il compratore può non ostante pagare, spirato il termine, finchè non è stato costituito in mora mediante un' intimazione. Così la condizione risolutiva tacita ha un effetto più esteso nel caso dell'art. 1657 che il patto commissorio nel caso dell'art. 1656. Qual'è il motivo di queste eccezioni? Portalis giustifica l'ultima nei termini che seguono: « Le ragioni della differenza fra le vendite d'immobili e le vendite di derrate ed effetti mobiliari sono sensibili. Le derrate e gli effetti mobiliari non circolano sempre nel commercio collo stesso vantaggio. Vi ha una sì gran variazione nel prezzo di questi oggetti, che il minimo ritardo può sovente cagionare un danno irreparabile. Gli immobili non offrono uguali inconvenienti » (1). Anche astraendo da questa variazione nel prezzo, la disposizione dell' articolo 1657 si spiega colla natura e i bisogni del commercio. Esso è una sequela incessante d'acquisti e di rivendite. Bisogna dunque che il negoziante il quale ha venduto delle mercanzie possa immediatamente sostituirle con altre. Ecco perchè stipula un termine per la consegna. Il compratore che non ritira ciò che ha comperato intralcia le operazioni commerciali. Secondo il diritto comune, il venditore dovrebbe agire giudizialmente, ossia fare una citazione. Di qui le lentezze che ripugnano alla rapidità delle transazioni mobiliari (2). È dunque naturale che il contratto sia risolto se il venditore vi ha interesse, perchè è sottinteso che la vendita non è risolta suo malgrado. L'art. 1657 lo dice espressamente. La vendita è risolta a vantaggio del venditore. Spetta a lui mantenerla, ma se vuol vederla risoluta, può farlo senza alcuna formalità.

312 *bis*. Quanto abbiamo detto dell'art. 1657 suppone trattarsi di mercanzie che si acquistano per rivenderle, e quindi di vendite commerciali. Però, al Consiglio di Stato, avendo un membro fatta l'osservazione che questa disposizione era contraria agli usi del commercio, Cambacérès dichiarò doversi far risultare nel processo verbale che l' articolo non era applicabile alle materie commerciali (3). Quale è il valore di questa dichiarazione? Gli scrittori sono divisi. Taluni considerano la menzione inserta nel processo verbale come una

(1) Portalis, *Esposizione dei motivi*, n. 22 (Locré, t. VII, p. 75).
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 127, n. 102 *bis*.
(3) Seduta del 30 frimajo anno XII, n. 45 (Locré, t. VII, p. 35).

interpretazione data dallo stesso legislatore (1). Ecco un errore, a nostro avviso. Il Consiglio di Stato non era legislatore, e il processo verbale non è una legge. Quand'anche, nelle nostre Camere, il relatore od un ministro facessero una simile dichiarazione inserita nel processo verbale, non si tratterebbe d'una interpretazione obbligatoria pei tribunali. Occorre all'uopo il concorso delle due Camere e del re. A maggior ragione il processo verbale del Consiglio di Stato non vincola gli interpreti. Il Consiglio preparava le leggi, non le faceva. Portalis, cosa notevole, membro del Consiglio di Stato, e che esponeva i motivi del progetto in nome del Governo, non tiene alcun conto di quanto era avvenuto durante la discussione. I motivi ch'egli dà si applicano quasi esclusivamente alle vendite commerciali. Quello che ci conferma nella nostra opinione si è che l'osservazione fatta al Consiglio di Stato era inesatta. L'uso commerciale era di ritener risoluta la vendita, dopo un certo termine, quando il compratore non ritirava la mercanzia. Parecchie consuetudini avevano in proposito una espressa disposizione. Cambacérès, mediocre legista, cedeva sempre davanti ad ogni obbiezione. Una interpretazione data ad un semplice progetto, sulla fede d'una affermazione erronea, in seno ad un corpo che preparava la legge, ma non la faceva, non è certo una interpretazione autentica avente forza legale (2).

La giurisprudenza è quasi unanime in favore di questa opinione. La Corte di cassazione non si prende nemmeno la pena di rispondere al Consiglio di Stato ed al processo verbale. Forse il ricorso non ha fatto valere l'argomento. La Corte si limita a dire che la disposizione dell'art. 1657 è generale e che il codice di commercio non vi ha derogato (3). Noi non conosciamo che una sola sentenza in favore dell'opinione contraria, e anch'essa non è che un semplice considerando d'una decisione pronunciata in materia penale (4).

313. L'articolo 1657 suppone una vendita di determinati oggetti che si eseguisce con una sola consegna. Che dovrà dirsi se il contratto stipula una consegna a lotti? La questione si è presentata davanti la Corte di cassazione nel caso seguente. Si trattava d'una consegna di ostriche che doveva farsi in lotti da cinquantamila, dal 15 ottobre al 15 novembre. Il termine

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 583, n. 475. AUBRY e RAU, t. IV, p. 395, nota 5, § 356, e gli autori che citano.

(2) TROPLONG, p. 348, n. 680. Nello stesso senso, FAVARD e ZACHARIAE.

(3) Cassazione, 27 febbraio 1828 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1410). Rigetto, 6 giugno 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 219).

(4) Bruxelles, 7 aprile 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 126). La Corte di Bruxelles ha poi adottato l'opinione generale, 2 gennaio 1858, 24 dicembre 1859, 27 gennaio 1861 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 54; 1860, 2, 227; 1861, 2, 280). Il tribunale di Gand (17 novembre 1854) si è pronunciato contro la giurisprudenza generale, pur invocando la giurisprudenza (*Pasicrisie*, 1855, 2, 14).

convenuto per il ritiro era dunque di un mese, e i compratori dovevano prender possesso con consegne successive. Ora, la sentenza impugnata constatava in fatto che i compratori non erano venuti a prender la consegna che il 15 novembre, a cinque ore di sera. Era impossibile prendere nello stesso tempo e in un sol giorno la consegna di circa cinquecentomila ostriche. La Corte di cassazione ne conchiude che i compratori erano incorsi nella decadenza, senza motivare altrimenti la sua decisione (1). Il motivo di decidere è, del resto, evidente. Quando il contratto determina che vi saranno consegne successive, e il compratore domanda la consegna in una sola volta, manca alla legge del contratto. Ora, gli è appunto per aver mancato a questa legge che l'art. 1657 lo dichiara decaduto.

314. L'art. 1657 si applica alla vendita di *derrate* ed *effetti mobiliari*, e quindi a tutte le vendite mobiliari. È stato giudicato che il compratore d'azioni della Banca di Vienna era incorso nella decadenza per non averle ritirate entro il termine convenuto. Spirato il termine, il venditore aveva disposto delle azioni. Il compratore sostenne davanti la Corte di cassazione del Belgio che il venditore avrebbe dovuto domandare la risoluzione giudizialmente, prima di disporre della cosa venduta, vale a dire procedere come si fa nel caso della condizione risolutiva tacita, secondo l'art. 1184. Ma l'art. 1657 ha precisamente per oggetto di derogare ai principii generali che reggono la condizione risolutiva tacita. La sola questione stava dunque nel sapere se esso era applicabile alla vendita d'azioni o d'effetti pubblici, e il testo della legge lo decide, poichè l'espressione *effetti mobiliari* comprende tutto ciò che è mobile. La Corte giudicò nel tempo stesso che l'art. 1657 è applicabile alle vendite commerciali. La sentenza conferma dunque la giurisprudenza generale (2).

315. Perchè vi sia luogo alla decadenza pronunciata dall'articolo 1657 contro il compratore, occorre sia *stabilito* un *termine* per ricevere la consegna. La convenzione può essere tacita. È questo il diritto comune. Fu giudicato che la vendita di mercanzie contro rimborso al loro arrivo a destinazione è risolta di pien diritto, in forza dell'art. 1657, se il compratore non paga. Infatti, la convenzione implica un termine. Le mercanzie, secondo la comune intenzione delle parti contraenti, devono essere ritirate al momento stesso in cui sono presentate al destinatario. Le parti vogliono così per non essere esposte ai bruschi cambiamenti di prezzo, che possono essere favorevoli all'una e sfavorevoli all'altra. D'altro lato, quando si tratta di cose che dovrebbero essere poste in magazzeno in attesa dell'esecuzione del contratto, vi sarebbero spese considerevoli. Infine l'azione

(1) Rigetto, 19 febbraio 1873 (DALLOZ, 1873, 1, 301).
(2) Rigetto, 11 novembre 1839 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 69).

del tempo potrebbe alterare le cose vendute. Le parti hanno inteso mettersi al coperto da tutti questi inconvenienti. Quindi la convenzione deve essere risolta, in forza della loro volontà, dal momento che non è immediatamente eseguita, affinchè il venditore possa disporre subito delle mercanzie (1).

Si domanda se il termine fissato dall'uso equivale a un termine convenzionale. Per principio, l'affermativa non ci pare dubbia. L'art. 1135 stabilisce che le convenzioni *obbligano* a tutte le conseguenze che la *consuetudine* attribuisce all'obbligazione. Dunque la consuetudine è assimilata ad una clausola del contratto. Per conseguenza, se vi fosse una consuetudine ben certa in forza della quale il compratore dovesse ricevere la consegna entro un termine fatale, spirato il quale la vendita verrebbe risolta, l'art. 1657 sarebbe applicabile, poichè si riterrebbe avere le parti trattato conformemente alla consuetudine. La difficoltà si riduce dunque ad una questione di fatto. Vi ha o non vi ha una consuetudine che stabilisce un termine nel senso dell'articolo 1657? (2).

316. Altra è la questione di sapere se una citazione può sostituire il termine. Essa è controversa. La negativa ci pare certa. Non si tratta, nella specie, d'una costituzione in mora. La condizione risolutiva tacita si fonda sull'intenzione delle parti contraenti. Se il contratto viene risolto, è perchè le parti lo vogliono. In generale, la loro volontà è che la risoluzione sia domandata, ma quando stipulano un termine per il ritiro, manifestano l'intenzione che il contratto sia risolto di pien diritto a vantaggio del venditore quando il compratore non ritira la cosa. Se non vi ha nè convenzione nè consuetudine che ne tenga luogo, non si è più nel caso previsto dalla legge Ora, la citazione non è una convenzione, il che è decisivo (3).

317. Il venditore che approfitta della risoluzione pronunciata dall'art. 1657 ha diritto ai danni ed interessi? Ci sembra che la questione sia decisa dall'art. 1184, di cui l'art. 1657 non è che un'applicazione, salvo che la risoluzione non dev'essere domandata giudizialmente. Ora, l'art. 1184 dice che la parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione può domandarne lo scioglimento *unitamente ai danni ed interessi.* Il diritto ai danni ed interessi esiste in tutti i casi in cui il debitore non adempia la sua obbligazione. Poco importa in qual modo il contratto sia risolto, se in forza della convenzione o per sentenza del giudice. Resta a vedere, in fatto, se il venditore ha provato un danno, poichè non basta l'inesecuzione del contratto a far luogo a danni ed interessi, ma occorre altresì che tale inadempimento

---

(1) Dijon, 11 febbraio 1870 (DALLOZ, 1872, 2, 193).

(2) Cfr. Rennes, 27 agosto 1821 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1396).

(3) DURANTON, t. XVI, p. 405, n. 383. AUBRY e RAU, t. IV, p. 395, nota 3, § 356. In senso contrario, TROPLONG e DUVERGIER.

abbia cagionato un danno al venditore. Fu deciso che il venditore il quale ha fatto pronunciare la risoluzione d'una vendita di mercanzie, per non averne i compratori ricevuto la consegna, non può reclamare da loro danni ed interessi, se la rivendita gli ha procurato un beneficio superiore alle spese e alla perdita degli interessi (1). È una questione di fatto.

I danni ed interessi possono essere stipulati dalle parti sotto forma di penale. Secondo l'art. 1230, la pena non s'incorre se non quando il debitore è in mora. È necessario anche nel caso dell'art. 1657 che il venditore costituisca il compratore in mora per aver diritto alla penale? La negativa è stata giudicata dalla Corte di Bruxelles. e ci pare certa (2). Quando il contratto è risolto di pien diritto, ne risulta che anche il debitore è in mora di pien diritto. Sarebbe assurdo citare il debitore ad eseguire il contratto quando non vi ha più contratto. La penalità s'incorre dunque per ciò solo che la vendita è risolta.

§ II. — *Del pagamento del prezzo.*

318. Il compratore deve pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinato dal contratto di vendita. Se nulla siasi stabilito in proposito, il compratore deve pagare nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la tradizione (articoli 1650 e 1651). Queste disposizioni derogano ai principii generali che governano il pagamento. Secondo l'art. 1247, il pagamento dei debiti in danaro si fa nel domicilio del debitore, se non vi ha convenzione in contrario. Il prezzo, consistendo in denaro, dovrebbe dunque pagarsi al domicilio del compratore che ne è il debitore, mentre, secondo l'art. 1651, il compratore, nel silenzio della convenzione, deve pagare il prezzo nel luogo e nel tempo in cui il venditore deve fare la tradizione. Quale è il motivo di questa derogazione? Lo stretto vincolo che esiste fra l'obbligazione del compratore e quella del venditore. Il primo non deve consegnare la cosa se non quando il compratore gliene paghi il prezzo. Se dunque il prezzo non è pagato quando si fa la consegna, il venditore è in diritto d'esigere che in quello stesso momento il compratore gli paghi il prezzo. Ecco perchè il compratore non può esigere che il venditore venga a riscuotere il prezzo da lui.

Questo non avviene che quando nulla siasi stabilito al tempo della vendita, dice l'art. 1651. Le parti possono dunque stipulare che il prezzo sarà pagato sia al domicilio del compratore

---

(1) Rouen, 17 febbraio 1872 (Dalloz, 1873, 5, 484).
(2) Bruxelles, 28 dicembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 89).

sia a quello del venditore. I commercianti hanno l'abitudine di esigere, nelle fatture che accompagnano la spedizione della merce, che il pagamento si faccia al domicilio del venditore. Si domanda se questa formula stampata faccia legge pel compratore. No, certo, giacchè le convenzioni non si formano colla dichiarazione di volontà di una sola delle parti, ma unicamente col concorso del consenso. Perchè il venditore possa invocare il beneficio di questa formula occorre dimostri che il compratore vi ha consentito (1).

319. L'applicazione del principio solleva una difficoltà, quando la fornitura delle mercanzie vendute ha luogo successivamente, e quindi parzialmente. Il pagamento del prezzo si farà, in questo caso, ad ogni consegna e, per conseguenza, parzialmente? O non deve il compratore pagare che all'ultima consegna che completa la tradizione? La soluzione dipende dalle convenzioni stipulate fra le parti. Citeremo due casi nei quali la decisione è, in apparenza, contraddittoria, mentre l'intenzione delle parti era diversa.

Nel primo caso la vendita aveva per oggetto cinquanta sacchi di grano. Era stipulato che questi cinquanta sacchi sarebbero consegnati subito e in un breve intervallo di tempo. È stato giudicato che, nell'intenzione delle parti, il compratore non doveva pagare il prezzo se non quando i cinquanta sacchi fossero stati consegnati (2). Non vi era dubbio, perchè la convenzione non prevedeva la fornitura parziale.

Vengono venduti tremila ettolitri di grano. Il venditore fa una consegna parziale che il compratore rifiuta di pagare. Donde una domanda per la risoluzione della vendita. Il compratore sostiene che non doveva pagare se non a consegna completa. Ciò importa, dice la Corte di Gand, che il venditore non aveva diritto di fare consegne parziali. Ora, il compratore ammetteva ch'era stato convenuto fra le parti che la fornitura dei tremila ettolitri poteva farsi con consegne parziali durante tutto il mese di novembre. Una volta convenuta la consegna parziale per una sì forte quantità, era naturale ammettere che il compratore dovesse pagare il prezzo ad ogni consegna. Tuttavia non era questa che una induzione, ed una induzione non basta per formare una convenzione. Vi erano dei fatti che decidevano la difficoltà. La corrispondenza delle parti provava che, nella loro intenzione, il compratore doveva pagare ogni consegna parziale (3).

320. Il contratto accorda al compratore un termine pel pagamento del prezzo. Il compratore dovrà tuttavia pagare nel luogo in cui è stata fatta la consegna? Si ammette generalmente la negativa, la quale ne pare certa. L'art. 1651 deroga alla

---

(1) Bruxelles, 22 giugno 1865 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 413).
(2) Caen, 16 aprile 1839 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 669).
(3) Gand, 17 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 13).

norma stabilita dall'art. 1247. Ogni eccezione va interpretata rigorosamente. Dal momento che non si è più nei termini dell'eccezione si rientra nella regola generale. Ora, l'art. 1651 suppone che il compratore debba pagare nel momento in cui ha luogo la consegna. Dunque se non deve pagare in quel momento, la legge è inapplicabile. Questa interpretazione è anche razionale. Se il compratore deve pagare nel luogo in cui il venditore fa la consegna è perchè, le due obbligazioni essendo correlative, il venditore può rifiutarsi a consegnare se il compratore non paga. Ma, se ha accordato un termine al compratore, le due obbligazioni cessano d'essere correlative, nel senso che il venditore deve adempiere la propria, senza che il compratore sia tenuto a pagare. Quando giungerà il termine del pagamento, quale sarà la situazione del compratore? Quella di un debitore ordinario. Si tratta del pagamento di un debito di denaro e si paga al domicilio del debitore.

La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (1) Vi ha però una sentenza, in senso contrario, della Corte di Bruxelles. Essa considera l'art. 1651 come una regola alla quale le parti non fanno eccezione per ciò solo che stipulano un termine. Si concepisce che il venditore accordi al compratore un termine per pagare. senza che se ne possa indurre ch'egli rinuncia al diritto che gli dà l'art. 1651, diritto d'importanza grande, poichè determina la giurisdizione (2). Abbiamo già risposto all'argomento della Corte. L'art. 1651 non è una regola, ma è un'eccezione. Senza dubbio il venditore può mantenere il diritto ch'egli tiene da questa disposizione eccezionale, pur accordando un termine, ma allora bisogna che lo dica, perchè la concessione di un termine lo pone fuori dell'eccezione.

Vi ha un caso nel quale si può ammettere la decisione della Corte di Bruxelles. La convenzione non accorda alcun termine al compratore, ma il venditore consente a fare la consegna senza esigere che il compratore paghi il prezzo. In tal caso, egli rinuncia ad un diritto. Rimane a sapere quale sia la portata di questa rinuncia. Ogni rinuncia deve essere interpretata restrittivamente. Il venditore rinuncia al beneficio del pagamento immediato, ma rinuncia anche al diritto di ricevere più tardi questo pagamento nel luogo in cui aveva il diritto di esigerlo? Per principio, no, a meno che non sia provato dalle circostanze della causa che tale era l'intenzione delle parti. È questa l'opinione generale (3).

---

(1) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. IV, p. 396, nota 8, § 356. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 118, n. 96 *bis*, e Gand, 2 gennaio 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 272).

(2) Bruxelles, 14 aprile 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 133).

(3) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 396, nota 9, § 356.

§ III. — *Del diritto di sospendere il pagamento del prezzo.*

321. « Se il compratore è molestato o ha giusto motivo per temere di esserlo con una azione ipotecaria o vendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie ». L'art. 1653 deroga all'antico diritto. Pothier dice che il venditore non può pretendere il prezzo quando il compratore è molestato nel suo possesso da una domanda di rivendicazione, ipotecaria od altra, fino a che la causa sia terminata (1). Così bisognava che l'azione fosse intentata contro il compratore, che vi fosse lite. Secondo l'art. 1653, basta che il compratore abbia giusto motivo per temere d'essere molestato. Dal momento che il compratore si aspetta da un momento all'altro di essere evitto, il suo possesso non è più pacifico, e per conseguenza il venditore non adempie alla sua obbligazione di trasferire la proprietà. La proprietà è un diritto certo, incontestabile, che non ammette alcuna molestia. Però il solo timore non basta, occorre un giusto motivo di temere. Quando si può dire che il compratore ha giusto motivo per temere?

È una questione di fatto. Perchè il compratore abbia a temere una evizione, bisogna che un terzo pretenda sulla cosa acquistata un diritto di proprietà o un diritto reale. Il compratore non deve provare l'esistenza del diritto che lo minaccia d'evizione. Se avesse questa prova in mano, potrebbe non solo sospendere il pagamento del prezzo, ma avrebbe il diritto di domandare la nullità della vendita (art. 1599). Vi ha qui fra il diritto e la pretesa una sfumatura che la teoria è impotente a precisare. Spetta al giudice decidere se il timore del compratore sia vano o se abbia qualche fondamento (2). L'esistenza d'iscrizioni ipotecarie sulla cosa venduta è considerata come un giusto motivo di timore, e lo sarebbe quand'anche il venditore pretendesse che queste iscrizioni sono nulle. Spetta a lui provocarne la radiazione. Finchè sussistono, vi ha motivo legale di temere, e il venditore deve farlo sparire (3). Queste decisioni non sono troppo assolute? Che l'iscrizione ipotecaria sia una causa di legittimo timore, non vi ha alcun dubbio in teoria. Ma, in fatto, non bisogna vedere se il compratore aveva conoscenza di queste iscrizioni all'atto della vendita? Ora, tale è appunto il caso ordinario, perchè sono rari i compratori tanto imprudenti da non consultare i registri del conservatore delle ipoteche. E se essi acquistando conoscevano le iscrizioni, non sono tenuti a pagare?

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 280.

(2) DUVERGIER, t. I, p. 527, n. 425. Rigetto, 29 novembre 1827 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1059).

(3) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1180 e 1181.

Non si viene a favorire la mala fede col permetter loro di comperare col preconcetto di non pagare il prezzo pretestando il timore d'una molestia? Se le iscrizioni ipotecarie non li hanno distolti dal comperare, non devono neppure impedir loro di pagare.

La giurisprudenza ammette ancora come un giusto motivo di timore, nel senso dell'art. 1653, l'esistenza d'una condizione risolutiva, vale a dire il fatto che un venditore anteriore non sia stato pagato (1). Non vi ha alcun dubbio. Veramente, questo caso si confonde colla rivendicazione menzionata dalla legge, perchè l'azione del venditore non pagato contro un terzo acquirente non è altro che l'azione di rivendicazione. Ritorneremo su questo punto che abbiamo già toccato al titolo delle *Obbligazioni*.

322. Non bisogna confondere col caso previsto dall'art. 1653 quello in cui il compratore è esposto ad essere evitto in conseguenza della nullità della vendita. Io acquisto un bene appartenente a un minore. La vendita è nulla per inosservanza delle formalità prescritte dalla legge. Il minore, divenuto maggiore, potrà domandare la nullità. E' questo un giusto motivo di timore nel senso dell'art. 1653? No. La legge spiega, cogli esempi che dà, che cosa intende per molestia. E' un terzo che pretende avere la proprietà di tutta o di parte della cosa venduta, o un terzo che ha un'iscrizione ipotecaria sull'immobile. La molestia proviene dunque sempre da un terzo. Se è una delle parti contraenti la quale, per la sua incapacità, può domandare la nullità della vendita, non si tratta di una molestia, legalmente parlando. Il contratto vincola la parte capace (art. 1125) e, per conseguenza, essa deve pagare. La cosa è anche razionale. Con qual diritto il compratore pretenderebbe di essere molestato, quando è lui l'autore della molestia? Perchè, comperando un bene del minore, egli doveva vegliare a che le formalità prescritte della legge fossero osservate. Permettergli d'invocare l'inosservanza di queste formalità, per carpire il pagamento del prezzo, sarebbe come autorizzarlo a prevalersi della nullità del contratto, il che è contrario ad ogni principio. La giurisprudenza si è pronunciata in questo senso (2).

323. Il diritto che l'art. 1653 accorda al compratore implica che il venditore non ha trasmesso al compratore il pacifico possesso della cosa venduta. È un principio di molestia che condurrà probabilmente all'evizione. Ora, quando, il compratore rimane evitto, può domandare la restituzione del prezzo. È naturale ch'egli non sia obbligato a pagare quando può temersi l'evizione. Ne consegue che il compratore non può invocare il beneficio dell'art. 1653 quando, supponendo che sia evitto, non ha alcun regresso contro il suo venditore. Se ha comperato a suo rischio

(1) Bordeaux, 17 dicembre 1835. Cassazione, 18 agosto 1839 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1177, 3.° e 4.°

(2) Nancy, 20 gennaio 1840 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1190). Lione, 27 maggio 1848 (Dalloz, 1850, 2, 192).

e pericolo, deve pagare, perchè ha acquistato un'alea, quand'anche l'alea si ritorcesse immediatamente contro di lui. E' questa la conseguenza naturale del carattere aleatorio della vendita.

324. Sarebbe lo stesso se il compratore si fosse obbligato a pagare non ostante la molestia. Le parti possono stipulare che il venditore non sarà tenuto ad alcuna garanzia, possono anche stipulare che il venditore restituirà il prezzo in caso d'evizione. A maggior ragione possono convenire che il compratore pagherà il prezzo nonostante la molestia. Così dispone l'art 1653 ed era anche inutile. Non se ne deve conchiudere che il compratore non può sospendere il pagamento del prezzo quando conosceva, all'atto della vendita, il pericolo dell'evizione? La Corte di Parigi ha giudicato che il compratore era tenuto a pagare in un caso in cui s'era obbligato a pagare il prezzo entro i sei mesi dall'acquisto. Il compratore, dice la sentenza, ha rinunciato così ad eccepire il pericolo dell'evizione da lui conosciuto per rifiutarsi al pagamento (1). Ci pare incontestabile. Ma la circostanza che il compratore si è obbligato a pagare entro un dato termine deve essere considerata come una condizione richiesta perchè vi sia rinuncia? Così si insegna (2). Noi non vediamo la ragione d'essere di questa condizione. Stipuli il compratore o non stipuli un termine, deve sempre pagare, e se non vi ha termine, deve pagar subito. Obbligarsi a pagar subito, quando si conosce una causa d'evizione, non significa rinunciare a prevalersi di questa causa per dispensarsi dal pagare? Ne sembra indiscutibile.

Risolviamo la questione, non in diritto, ma in fatto. Si tratta di sapere se il compratore rinuncia al diritto che gli accorda l'art. 1653. Ora, ogni rinuncia solleva una questione di volontà, vale a dire che la soluzione dipende dalle circostanze della causa. La Corte di cassazione è andata troppo oltre, a nostro avviso, giudicando che sorge necessaria una clausola espressa nel contratto. Dal fatto che l'art. 1653 dice che il compratore non può sospendere il pagamento, quando si è obbligato a pagare nonostante la molestia, la Corte conchiude che la semplice conoscenza del fatto che potrà cagionare la molestia non basta. La legge vuole una stipulazione espressa, dice la sentenza, perchè il compratore non può essere privato delle garanzie stabilite in suo favore senza una *rinuncia formale* da parte sua, *non presumendosi che alcuno abbia rinunciato al suo diritto* (3). Qui sta il nodo della difficoltà. Senza dubbio, nessuno si presume rinunziare ad un diritto, ma si può benissimo rinunciare taci-

---

(1) Parigi, 16 luglio 1832 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1218). Si cita anche la sentenza di cassazione del 5 febbraio 1840 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1216). Ma nel caso di questa sentenza, si trattava d'una vendita nulla per causa di minorità, il che non è il caso dell'art. 1653 (n. 112).

(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 397, e nota 16, § 356.

(3) Cassazione, 28 agosto 1839 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1177, 4.°).

tamente, e la rinuncia tacita non è una rinuncia presunta. Spetta dunque al giudice del fatto decidere se vi ha o non vi ha rinuncia.

La Corte di cassazione ha giudicato così in una sentenza posteriore. Un immobile è messo ai pubblici incanti. Trattavasi di un fondo donato sotto la clausola che la donatrice potrebbe ipotecarlo fino a concorrenza di cinquantamila lire e devolverne l'usufrutto al marito. Il capitolato conteneva, a questo riguardo, la seguente clausola: « Gli aggiudicatari saranno tenuti a sopportare, in quanto potranno colpire gli immobili da vendere, le conseguenze delle riserve fatte dalla donatrice ». Questa clausola importava rinuncia al diritto dell'art. 1653? È certo che non vi era rinuncia espressa e il ricorso sosteneva, come aveva giudicato la Corte di cassazione nel 1839, che l'art. 1653 esigeva una clausola formale. Che decide la Corte? Che spettava alla Corte d'appello interpretare le clausole del contratto (1). È questa la nostra dottrina, anzichè quella della sentenza del 1839.

325. In che consiste il diritto del compratore? L'art. 1653 lo dice: « Egli può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie ». Il compratore non ha dunque il diritto di domandare la risoluzione della vendita, nè la nullità. Una Corte si è lasciata trarre in errore, ma la sentenza venne cassata (2). S'intende bene che ciò sta fin quando non vi sia che un semplice timore d'evizione. Se il compratore sostiene che l'immobile venduto non apparteneva al venditore, e può darne la prova, potrà immediatamente domandare la nullità della vendita in forza dell'art. 1599. Era stato venduto un immobile dotale, ma il diritto del donatario trovavasi risolto per la sopravvenienza di figlio. Di conseguenza dovevasi ritenere che il donatario era ritenuto non fosse mai stato proprietario. Vi era dunque vendita della cosa altrui e, quindi, il compratore poteva domandare la nullità (3). Rimandiamo a quanto si è detto intorno alla vendita della cosa altrui.

Il compratore può domandare la risoluzione della vendita anche quando il venditore si è obbligato, nel contratto, a rilasciare la cosa franca e libera da ogni ipoteca e si trova invece gravato di un'iscrizione ipotecaria. Invano il venditore opporrebbe l'articolo 1653. Questa disposizione non è applicabile quando il venditore ha contratto una obbligazione formale che non adempie. Ci troviamo allora nel caso dell'art. 1184. Il compratore agisce, non perchè teme di essere evitto, ma perchè il venditore manca alle sue obbligazioni (4). Per la stessa ragione, il compratore può domandare la risoluzione della vendita se l'immobile è gravato da un'azione di risoluzione da cui il pagamento del prezzo non

(1) Rigetto, 28 gennaio 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 291).
(2) Cassazione, 2 gennaio 1839 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1199).
(3) Douai, 3 luglio 1846 (DALLOZ, 1846, 4, 308).
(4) Gand, 29 luglio 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 103).

può liberarlo. In questo caso, vi ha, più che una semplice molestia, un vero riadempimento delle obbligazioni del venditore. Infatti, questi s'obbliga a trasferire la cosa in potere del compratore. Ora, un immobile non è messo in potere dell'acquirente quando si trova gravato da un'azione reale che il compratore non può far sparire. E quando il venditore manca alla sua obbligazione di consegnare, il compratore può domandare la risoluzione della vendita (art. 1184) (1).

326. Il compratore può sospendere il pagamento del prezzo. Ne consegue ch'egli non deve depositarlo. Lo si è però sostenuto. Questa strana pretesa è stata, naturalmente, respinta (2). Fu sostenuto ancora, e la cosa è altrettanto strana, che il compratore non aveva diritto di fare il deposito. La Corte di cassazione ha dovuto insegnare al ricorrente che l'art. 1653 consacra un diritto pel compratore, diritto di cui può non usare, ma che la legge non ha derogato al principio di diritto naturale, il quale vuole che ogni debitore possa, in ogni momento, quando meglio gli piaccia, liberarsi dal proprio debito pagando o facendo un deposito, a meno che non vi sia una stipulazione espressa, limitativa di questa facoltà (3).

327. Gli autori insegnano e la giurisprudenza ammette che il compratore che sospende il pagamento del prezzo capitale deve tuttavia pagare gli interessi (4). Non è ciò troppo assoluto? Il compratore deve gli interessi in tre casi. Se la cosa produce frutti o altri redditi, il compratore deve continuare a pagare gl'interessi, sebbene sospenda il pagamento del capitale, perchè il motivo per cui deve gli interessi non ha nulla di comune colla molestia che teme o che subisce. Egli gode della cosa, ne ricava i frutti e i redditi, ed è quindi giusto che il venditore approfitti degli interessi. Ciò non ha nulla di comune colla molestia da cui il compratore è minacciato. È il motivo che dànno le Corti di Torino e di Rouen per mettere gli interessi a carico del compratore il quale usa del beneficio dell'art. 1653 (5). Ma se la cosa non produce nè frutti nè redditi, questo motivo cessa. Il compratore deve gli interessi perchè il contratto li stipula, o perchè è stato citato a pagare. Egli li deve, in questo caso, allo stesso titolo del capitale, in forza del contratto o d'una costituzione in mora. Ora, il contratto non è eseguito dal venditore. Dunque il compratore può sospendere l'esecuzione, e naturalmente per la totalità, tanto per gl'interessi quanto per il capitale. Riguardo alla costituzione in mora mediante citazione, essa suppone che il compratore sia tenuto a pagare. Ora, la legge gli

(1) Rigetto, 28 gennaio 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 159).
(2) Lione, 17 marzo 1864 (DALLOZ, 1865, 2, 146).
(3) Rigetto, 8 novembre 1830 (DALLOZ, v. *Obligations*, n. 1794, 2.°).
(4) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 397, e nota 14, § 356.
(5) DALLOZ, *Repertorio*, v. *Vente*, nn. 1196, 1.°, e 1140.

permette di sospendere il pagamento, e quindi egli deve avere il diritto di sospendere il pagamento degli interessi.

328. L'art. 1653, pur garantendo i diritti del compratore, non dimentica quelli del venditore. Se costui vuol dar cauzione, il compratore sarà tenuto a pagare il prezzo nonostante la molestia. Può accadere che le pretese sollevate da terzi sulla cosa venduta non abbiano alcun fondamento, benchè rechino molestia al compratore. Il venditore ha allora diritto di essere pagato, e il compratore può alla sua volta sospendere il pagamento. Per conciliare questi opposti diritti, la legge permette al venditore di dar cauzione, il che mette il compratore al coperto da ogni danno.

La legge dice: « Quando il venditore non prescelga di dar cauzione ». È dunque un diritto ch'essa accorda al venditore. Il compratore non può pretenderlo. I suoi diritti sono, in generale, sufficientemente garantiti dalla facoltà che gli è concessa di sospendere il pagamento del prezzo. Quand'anche avesse interesse a domandar cauzione, non ne avrebbe il diritto, perchè la cauzione non deve essere data che in forza della convenzione o della legge. Così ha giudicato, e con ragione, la Corte di Douai. Nella specie, il compratore aveva fatto delle costruzioni delle quali temeva d'essere spossessato per effetto di un'asta. Egli domandò, a questo titolo, che il venditore desse cauzione. La sua domanda venne respinta, e giustamente (1).

329. Di che cosa il venditore deve dar cauzione? Il testo lo dice. Il compratore rifiuta di pagare il prezzo per causa di molestia. Egli dovrà pagare nonostante la molestia se il venditore gli garantisce la restituzione del prezzo nel caso in cui la molestia fosse seguita da evizione. La cauzione non ha dunque che un solo oggetto, il prezzo che il compratore dovrà pagare. È vero che il compratore, in caso d'evizione, avrà diritto ai danni ed interessi, ma questo debito non esiste ancora al momento in cui la molestia comincia; non è che un'obbligazione futura ed eventuale, per la cui garanzia il debitore non è tenuto a dar cauzione, nè in forza della convenzione, nè in forza della legge. La Corte di Rouen aveva giudicato in senso contrario. La sentenza fu peraltro cassata (2).

330. Il venditore che usa del diritto che la legge gli accorda deve in generale dar cauzione per la restituzione di tutto il prezzo. La massima è giustissima quando il compratore è molestato nel possesso di tutta intiera la cosa, di modo che corre pericolo di pagare il prezzo senza causa. Ma l'evizione da cui è minacciato può soltanto essere parziale. Egli deve allora pagare il prezzo per la porzione della cosa, sulla quale non è sollevata alcuna pretesa

(1) Douai, 23 maggio 1853 (DALLOZ, 1854, 2, 172).

(2) DUVERGIER, t. I, p. 529, n. 427. Cassazione, 22 novembre 1826 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1207).

da parte dei terzi, e non può sospendere il pagamento del prezzo se non per la porzione di cui potrebb'essere evitto (1). Rimane da arbitrare la somma della quale può sospendere il pagamento e per cui il venditore sarà ammesso a dargli cauzione. Non trattasi necessariamente di una parte proporzionale del prezzo, perchè, in caso d'evizione parziale, non è il prezzo che vien restituito, ma il valore della parte del fondo di cui l'acquirente è evitto. E siccome non vi è ancora evizione, spetterà al giudice fissare la somma, avuto riguardo al valore attuale della cosa.

331. Pothier dice che il compratore non può domandare la restituzione del prezzo se lo ha pagato prima della molestia. Bisogna seguire questa decisione sotto l'impero del codice civile. Il prezzo pagato diventa proprietà del venditore. Egli non può essere tenuto a restituirlo che in caso di evizione. Ora, si suppone che vi sia soltanto molestia o giusto motivo per temere d'essere molestato. Il solo diritto che la legge accorda, in questo caso, al compratore è di sospendere il pagamento del prezzo, ma non gli permette di reclamarne la restituzione (2). Così sarebbe anche quando il prezzo fosse stato versato nelle mani del notaio per rimanervi depositato fino al compimento delle formalità ipotecarie. Se il certificato consegnato dopo la trascrizione constata l'esistenza di un'iscrizione ipotecaria, il compratore non potrà ritirare il prezzo, perchè dal momento che il prezzo è pagato, diviene proprietà del venditore (3). Sarebbe altrimenti se, nell'intenzione delle parti contraenti, il prezzo fosse stato solamente depositato presso il notaio, alla condizione che non si riterrebbe pagato se non quando il certificato del conservatore provasse che non esistevano iscrizioni ipotecarie.

La Corte di cassazione ha giudicato così nel caso in cui il compratore consegna il prezzo all'effetto che sia distribuito, mediante graduatoria, fra i creditori ipotecarii di un venditore (art. 2186). Questa consegna non è un pagamento, ma un semplice deposito. È soltanto dopo che la graduatoria sarà omologata che si saprà quali sono i creditori in essa compresi che saranno pagati. Fino allora non vi ha pagamento. Se dunque si scopre una causa d'evizione, come una condizione risolutiva, il compratore potrà domandare che il pagamento sia sospeso. Egli non sarebbe decaduto dal beneficio dell'art. 1653 se non quando il prezzo fosse già stato distribuito fra i creditori inscritti (4).

---

(1) Vedi le sentenze riportate nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1197, 1198).

(2) POTHIER, *Della vendita*, I, n. 282, e tutti gli autori.

(3) Bordeaux, 28 marzo 1862 (DALLOZ, 1863, 5, 397, n. 2).

(4) Rigetto, sezione civile, 24 gennaio 1838 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1204).

§ IV. — *Degli interessi del prezzo.*

332. Il compratore deve l'interesse del prezzo della vendita fino al pagamento del capitale, nei tre casi preveduti dall'articolo 1652.

Anzitutto « se ciò è stato convenuto al tempo della vendita ». È questo l'interesse convenzionale. Secondo la legge del 3 settembre 1807 esso non poteva superare il cinque per cento in materia civile. Quantunque questa legge non parlasse che del mutuo, pure si applicava anche alla vendita, dovendo il compratore al pari del mutuatario godere delle stesse garanzie contro l'usura (1). Nel Belgio, l'ammontare dell'interesse convenzionale era fissato con piena libertà dalle parti contraenti, come abbiamo detto al titolo delle *Obbligazioni* (legge del 5 maggio 1865).

333. Il compratore deve ancora l'interesse del prezzo « se la cosa venduta e consegnata produce frutti od altri proventi ». Dal momento che il compratore ha il godimento della cosa, è giusto che il venditore abbia il godimento del prezzo. Il motivo che giustifica la seconda disposizione dell'art. 1652 dimostra che la legge ha avuto torto di limitare l'obbligazione del compratore al caso in cui la cosa produca *frutti* o altri *proventi*. Essa produce sempre un godimento qualunque, siano proventi, o l'uso della cosa, o un piacere, poco importa. L'eguaglianza che deve regnare nei contratti commutativi richiede che il venditore abbia diritto agli interessi, quando il compratore gode della cosa. Risulta dalla disposizione restrittiva dell'art. 1652 che il compratore d'oggetti mobiliari non deve l'interesse del prezzo, sebbene l'uso che egli acquista rappresenti il nolo che dovrebbe pagare per ottenerlo (2). Se gli effetti mobiliari producono interessi, l'art. 1652 è applicabile. Così accade delle azioni, delle obbligazioni e degli altri effetti pubblici. La Corte di Bruxelles ha giudicato così, e non vediamo perchè la massima sia stata contestata (3).

L'art. 1652 esige che la cosa sia stata consegnata al compratore perchè questi sia tenuto a pagare gli interessi. Esso suppone che il godimento del compratore non cominci che dal momento della consegna della cosa. In diritto, non è così, perchè i frutti appartengono al compratore dal giorno della vendita. Gli è dunque da questo momento ch'egli deve gli interessi. Ma quando la consegna è ritardata, può darsi che il venditore si riservi il godimento. In questo caso, bisogna applicare l'art. 1652. Il compratore non dovrà gli interessi se non quando la cosa gli sarà stata consegnata.

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 119, n. 97 *bis* 1.
(2) Liegi, 18 giugno 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 166).
(3) Bruxelles, 3 aprile 1844 e 24 febbraio 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 38).

Il compratore deve gli interessi se gli è stato accordato un termine pel pagamento del prezzo? A nostro avviso, l'affermativa non è dubbia, benchè vi sia controversia (1). Per qual motivo il compratore deve gli interessi? Perchè gode della cosa. Che importa se la vendita ha luogo, o no, a credito? Il termine non ha nulla di comune colla causa per cui il compratore deve pagare l'interesse. È vero che Pothier insegnava il contrario, ma ammetteva che le ragioni del decidere rimanevano identiche. Egli spiega la sua dottrina col dire doversi reputare che le parti, in questo caso, abbiano fissato un prezzo più elevato, di modo che è a ritenersi che vi sia compreso l'interesse. Pothier si fonda dunque sopra una presunzione. Ciò basta perchè la sua opinione debba essere rigettata, in quanto gli autori del codice non hanno consacrato questa presunzione, e non vi ha presunzione senza legge. L'art. 1652, anzichè riprodurre la dottrina di Pothier, dispone, senza distinzione di sorta, che il compratore pagherà gli interessi dal momento che godrà della cosa. È logico. Le parti sono libere di stipulare il contrario comprendendo l'interesse nel prezzo, come suppone Pothier, ma allora devono aver cura di dichiararlo, perchè le eccezioni non si presumono. Vi ha in questo senso una sentenza della Corte di Bruxelles, egregiamente motivata (2).

334. Il compratore deve, in terzo luogo, l'interesse del prezzo, se gli è stata intimata la domanda del pagamento, e, per conseguenza, dal momento dell'intimazione. Ecco una deroga all'articolo 1153, a termini del quale gli interessi non sono dovuti che dal giorno della domanda giudiziale. Rimandiamo a quanto dicemmo nel titolo delle *Obbligazioni* riguardo a questa anomalia.

335. Nei diversi casi in cui il compratore deve gli interessi vi è tenuto fino al pagamento del capitale. Sono questi i termini dell'art. 1652. È stato giudicato che l'obbligazione del compratore sussiste anche quando il prezzo fosse sequestrato nelle sue mani da creditori del venditore, il che gl'impedirebbe di pagarlo al venditore. Fu pure deciso che il compratore rimane tuttavia tenuto agli interessi dopo aver notificato il suo contratto ai creditori inscritti, come preliminare della purgazione (3). In diritto, non vi ha dubbio. Finchè il compratore non ha pagato deve gli interessi. Dal punto di vista dell'equità, si può obbiettare che il compratore si trova nell'impossibilità di liberarsi. Si risponde ch'egli può fare il deposito. Il deposito concilia i diritti di tutte le parti interessate. Il compratore non è più obbligato a pagare gl'interessi, e i creditori godranno dell'interesse che paga la cassa dei depositi.

---

(1) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da AUBRY e RAU, t. IV, p. 398, nota 21.

(2) Bruxelles, 29 marzo 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 75). Cfr. in senso contrario, un considerando d'una sentenza di Bruxelles, 14 luglio 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 146).

(3) Vedi le sentenze in AUBRY e RAU, t. IV, p. 398, nota 21, § 356.

§ V. — *Dell'azione di risoluzione.*

N. 1. — Quando vi ha luogo all'azione di risoluzione per mancanza di pagamento del prezzo?

336. « Se il compratore non paga il prezzo, il venditore può domandare che la vendita venga risolta » (art. 1654). È questa l'applicazione alla vendita del principio della condizione risolutiva tacita. Abbiamo spiegato il principio al titolo delle *Obbligazioni*. Ne consegue che la risoluzione può essere domandata in qualsiasi vendita, mobiliare, o immobiliare. L'art. 1184 è applicabile ad ogni contratto bilaterale, qualunque ne sia l'oggetto, e l'art. 1654, che applica il principio alla vendita, è concepito in termini altrettanto generali. La giurisprudenza si è pronunciata in tal senso, e gli scrittori non avrebbero mai dovuto trovarsi divisi sopra una questione che non esiste, perchè decisa dalla lettera della legge. Eppure due dei nostri più eminenti autori, Delvincourt e Duranton, insegnano che le vendite mobiliari non possono essere risolte per mancanza di pagamento del prezzo. Crediamo inutile confutare le pessime ragioni ch'essi adducono e perpetuare così una controversia che non avrebbe mai dovuto sollevarsi (1).

Il codice di commecio deroga ai diritti del venditore quando il compratore cade in istato di fallimento. Lasciamo da parte questa eccezione, perchè estranea all'oggetto del nostro lavoro (2).

337. Dal principio dell'art. 1184, confermato dall'art. 1654, risulta pure che il venditore può domandare la risoluzione quand'anche il compratore avesse pagato una parte del prezzo. Finchè il compratore non paga tutto il prezzo, manca all'obbligazione principale che il contratto gli impone. Vi ha dunque luogo ad applicare l'art. 1184. S'intende che, in questo caso, il venditore deve restituire la parte del prezzo che ha riscossa. Così dispone la legge ipotecaria belga (art. 28).

Il cessionario d'una parte del prezzo ha egli altresì il diritto di chiedere la risoluzione? Se si ammette che il cessionario può domandare la risoluzione, bisogna ammettere ch'egli ha lo stesso diritto del venditore. Tale è, infatti, la giurisprudenza, come diremo trattando della cessione.

---

(1) Vedi la confutazione di COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 102, n. 99 *bis* I, e le autorità in favore dell'opinione generale, in AUBRY e RAU, t. IV, p. 399, nota 28, § 356. Bisogna aggiungere Liegi, 18 giugno 1838. Bruxelles, 20 luglio 1844, e 9 agosto 1873 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 166; 1845, 2, 162; 1874, 2, 340). Gand, 2 giugno 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 272).

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 399, e nota 29, § 356.

338. Può il venditore chiedere la risoluzione quando egli stesso è stato costituito in mora d'eseguire le sue obbligazioni? Fu giudicato che, quando il venditore è in mora a fare la consegna della cosa, il compratore ha diritto alla risoluzione. E se la vendita può essere risolta contro il venditore, come potrà questi domandare il pagamento del prezzo e chiedere la risoluzione per mancanza del pagamento medesimo? (1) In diritto, si osa ben di rado parlare d'evidenza, ma, nella specie, la soluzione è evidente, e la questione non avrebbe dovuto essere portata davanti la Corte di cassazione.

339. Vi ha un caso in cui la legge deroga al principio della risoluzione, ed è quando il fondo è stato venduto mediante una rendita vitalizia. L'art. 1978 dispone: « La sola mancanza del pagamento delle pensioni maturate non autorizza quello in cui favore è costituita la rendita vitalizia a rientrare nel possesso del fondo alienato. Egli ha soltanto il diritto di far sequestrare e di far vendere i beni del suo debitore, e di domandare che venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego d'una somma bastante per soddisfare alle pensioni ». Così la legge non autorizza la risoluzione, ma solo permette al creditore, il venditore, di prendere delle misure per l'esecuzione del contratto. La ragione si è che la risoluzione, nella specie, non rimetterebbe le parti nella condizione in cui erano prima d'aver contratto. Oggetto del contratto era un'alea. Quest'alea ha già prodotto una parte de' suoi effetti, e deve continuare il suo corso, altrimenti le convenzioni delle parti sarebbero alterate. Per principio, la risoluzione non può dunque aver luogo (2). Però le parti sono libere di derogare alla legge e manifestare un'intenzione contraria a quella che la legge loro suppone. La risoluzione si compie, in questo caso, in forza della convenzione ed è la convenzione che determinerà ciò che il venditore dovrà restituire. È stato giudicato che le parti possono stipulare che, in mancanza del pagamento delle pensioni, la vendita sarà risolta, dietro semplice citazione, senza alcun regresso dell'acquirente, debitore della rendita, per le pensioni che potesse aver pagate (3).

340. Non è lo stesso se il prezzo di vendita consiste in una rendita perpetua. Questo contratto non ha nulla d'aleatorio, perchè le pensioni non sono altro che l'interesse del capitale. Si possono dunque applicare alla lettera i principii che reggono i contratti bilaterali.

Però si presenta un dubbio quando il prezzo stabilito in una

---

(1) Rigetto, Corte di cassazione del Belgio, 27 dicembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 1, 85).
(2) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. IV, p. 399, nota 26, § 356.
(3) Rigetto, 16 giugno 1831 (Dalloz, v. *Rente viagère*, n. 98, 1.°).

somma di denaro vien convertito in rendita perpetua. Non vi ha, in questo caso, novazione? Se vi fosse novazione, è certo che non si potrebbe più parlare di risoluzione del contratto originario, poichè questo contratto non esisterebbe più. Non vi ha più credito d'un prezzo, e quindi non può farsi questione della risoluzione per mancanza di pagamento del prezzo medesimo. La difficoltà si risolve con una distinzione. Se il prezzo vien convertito in una rendita nel contratto stesso di vendita, non si può ammettere che le parti abbiano fatto novazione, perchè non vi fu mai credito di un prezzo, il venditore non avendo mai avuto diritto di esigere il capitale e il compratore non essendo mai stato obbligato a pagarlo. Se il contratto fissa il prezzo in una somma capitale, lo fa unicamente per calcolare l'ammontare della rendita e per determinare a qual tasso essa venne costituita e qual capitale, in caso di riscatto, dovrà essere pagato dal debitore della rendita. Ma se il contratto si limita a stipulare una somma a titolo di prezzo, e se posteriormente le parti convengono che il capitale dovuto sarà sostituito da una rendita, vi sarà novazione per cambiamento d'oggetto. Ben inteso che le parti contraenti possono, anche in questo caso, dichiarare che non intendono far novazione e che il venditore avrà il diritto di domandare la risoluzione del contratto per mancanza di pagamento delle pensioni. Non vi può essere novazione senza intenzione di novare. Rimandiamo, quanto al principio, al titolo delle *Obbligazioni*. La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso, salvo qualche dissenso sul quale è inutile insistere, i principii essendo sicuri (1).

341. Poichè l'azione di risoluzione della vendita per mancanza di pagamento del prezzo non è che la conseguenza dell'articolo 1184, bisogna applicare a questa azione i principii che governano la condizione risolutiva tacita, a meno che la legge non vi deroghi al titolo della *Vendita*. Ne consegue che il contratto non è risolto di pien diritto. La risoluzione deve domandarsi giudizialmente, e può essere accordata una dilazione a norma delle circostanze. Rimandiamo a quanto si è detto su questo principio al titolo delle *Obbligazioni*. L'art. 1655 applica alla vendita quello che l'art 1184 dice della facoltà spettante al giudice di accordare una dilazione al debitore: « Lo scioglimento della vendita degl'*immobili* deve pronunciarsi indilatamente, se il venditore si trova in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo. Non sussistendo questo pericolo, il giudice può accordare al compratore una dilazione più o meno lunga, secondo le circostanze ». Questa disposizione non deroga all'art. 1184; essa non fa che spiegarlo, dichiarando in quali casi il giudice deve usare della facoltà che la legge gli accorda di concedere una dila-

(1) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. IV, p. 398, note 24 e 25, § 356. Bisogna aggiungere Liegi, 9 aprile 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 86).

zione al compratore. È certo che non si può concedergli una dilazione quando il venditore corra pericolo di perdere la cosa e il prezzo. Perchè, donde nasce questo pericolo? Dal fatto del compratore, che guasta, che demolisce la cosa venduta, o ne diminuisce considerevolmente il valore, per esempio, abbattendo un bosco d'alto fusto. Se è insolvibile, il venditore non ha che un mezzo per tutelare i propri interessi, quello di chiedere che la risoluzione sia pronunciata immediatamente. La questione di sapere se vi ha pericolo di perdere la cosa e il prezzo è di puro fatto, e, per conseguenza, va lasciata all'apprezzamento del giudice (1).

Dal fatto che l'art. 1655 accenna solo alla risoluzione della vendita degli immobili bisogna guardarsi bene dal concludere che il giudice non possa accordare alcuna dilazione nelle vendite mobiliari. Sarebbe uno di quei cattivi argomenti tratti dal silenzio della legge, che fanno dire al legislatore ciò che egli non volle. Il diritto del giudice d'accordare una dilazione al debitore è stabilito in termini generali dall'art. 1184, e l'art. 1654, lungi dal derogarvi, non fa che interpretarlo. Se la legge parla specialmente degli immobili, ciò accade perchè, nelle vendite mobiliari, il giudice si trovava raramente nel caso d'usare del potere che la legge gli accorda, per la facilità che il compratore ha di rivendere la cosa, il che mette quasi sempre il venditore nell'impossibilità di rivendicarla. Ma questo non toglie che in diritto il giudice possa procrastinare la risoluzione accordando al compratore un termine per pagare (2).

342. L'art. 1655 soggiunge: «Trascorsa la dilazione senza che il compratore abbia pagato, ***si pronunzierà*** lo scioglimento della vendita». Ne consegue che il compratore non è più ammesso a pagare, trascorsa la dilazione. Molto meno ancora il giudice potrebbe accordare una nuova dilazione. La legge è imperativa; essa comanda al giudice di pronunciare la risoluzione della vendita. La ragione sta in ciò che la risoluzione del contratto è un diritto per il venditore quando il compratore non paga il prezzo. La legge modifica questo diritto per considerazioni di equità, permettendo al giudice d'arrestare la risoluzione se, nel termine ch'egli stabilisce, il compratore adempie la sua obbligazione: ma se vi manca, il diritto del venditore riprende tutta la sua forza, e la vendita deve essere risolta (3).

---

(1) Orléans, 2 gennaio 1817. Rigetto, 30 aprile 1833 (DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1260 e 1261).

(2) DUVERGIER, t. I, p. 540, n. 436. Cfr. Parigi, 11 luglio 1853 (DALLOZ, 1854, 2, 33).

(3) DURANTON, t. XVI, p. 391, n. 373. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 125, n. 100 *bis*. Bruxelles, 18 novembre 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 41).

N. 2. — Del patto commissorio.

I. — Che cosa s'intende per patto commissorio? Delle diverse specie di patti commissorii.

343. Il venditore può stipulare che, in mancanza di pagamento del prezzo nel termine convenuto, la vendita sarà risolta di pien diritto. Gli è quel che prende il nome di patto commissorio. Abbiamo esposto, al titolo delle *Obbligazioni*, i principii che governano un simile patto in tutti i contratti. Questi principii si applicano anche alla vendita. Rimane a sapere se l'articolo 1656, che regola gli effetti del patto commissorio in materia di vendita, abbia derogato ai principii generali.

Vi ha un primo punto indiscutibile, che cioè il patto commissorio può essere stipulato in ogni sorta di vendita, e così tanto nelle mobiliari quanto nelle immobiliari. L'articolo 1656 non prevede, è vero, che il caso in cui il patto sia stato convenuto all'atto della vendita d'immobili, ma il silenzio serbato dalla legge riguardo ai mobili non deroga punto al diritto che spetta alle parti contraenti, di stipulare, cioè, quelle convenzioni che reputano più opportune. Forse gli autori del codice hanno creduto che l'articolo 1657 renda inutile la stipulazione di un patto commissorio nelle vendite mobiliari. Sarebbe un errore. Quando il compratore ritira le mercanzie nel termine convenuto non ha più luogo la risoluzione di pien diritto a favore del venditore. Se però il compratore non paga, il venditore e interessato a che la vendita sia risolta, in base ad una semplice intimazione, ed anche senza intimazione, per non essere esposto alle lentezze di una domanda giudiziale. Egli ha dunque interesse a stipulare il patto commissorio. Il diritto del venditore è incontestabile al pari del suo interesse. Le parti godono della massima libertà finchè non offendono l'ordine pubblico e i buoni costumi.

344. Quale è il valore del patto commissorio secondo il quale la vendita sarà risolta di pien diritto in mancanza di pagamento del prezzo nel termine convenuto? Il patto commissorio non è altro che la condizione risolutiva tacita scritta nel contratto, con quelle modificazioni che le parti vi vogliono apportare. Nella clausola prevista dall'art. 1656 la modificazione è considerevole. Secondo il diritto comune la risoluzione per mancanza di pagamento del prezzo deve essere domandata giudizialmente, e il giudice può accordare una dilazione al compratore (art. 1184). A questo principio le parti derogano stipulando che la vendita sarà risolta di pien diritto. Il venditore non dovrà domandare la risoluzione giudizialmente e, per conseguenza, il giudice non potrà accordare alcuna dilazione al compratore. Non è proposta alcuna domanda, non vi ha lite di sorta, e

quindi il giudice non può intervenire. Che se il compratore domandasse una dilazione, la sua domanda andrebbe respinta, pel motivo che il giudice non si trova nel caso previsto dall'articolo 1184, avendo le parti derogato alla condizione risolutiva tacita, collo stipulare che la risoluzione avrebbe luogo di pien diritto, il che significa appunto senza che il giudice intervenga, per la sola volontà delle parti contraenti.

Quando diciamo che la risoluzione della vendita ha luogo per la volontà delle parti contraenti, intendiamo escludere l'intervento del magistrato. È questo unicamente che le parti hanno voluto. Ma anche quando esse stipulano che la vendita sarà risolta di pien diritto, non hanno avuto l'intenzione di sciogliere la vendita nel senso che il solo fatto della mancanza del pagamento importi risoluzione della vendita. Si equiparerebbe così il patto commissorio ad una condizione risolutiva espressa, consistente nel verificarsi di un avvenimento futuro ed incerto. Ora, v'ha una differenza essenziale fra il patto commissiorio e la condizione risolutiva espressa. Quando può farsi luogo alla risoluzione della vendita per mancanza di pagamento del prezzo, il venditore ha ancora un altro diritto. Egli può esigere l'esecuzione della vendita reclamando il pagamento del prezzo, che è garantito da un privilegio. Gli spetta dunque un'opzione, il che implica una manifestazione di volontà. Toccherà al venditore vedere che cosa esige il suo proprio interesse. Egli ha diritto di chiedere il prezzo rinunciando alla risoluzione, come può domandare la risoluzione rinunciando alla vendita.

In qual modo deve il venditore manifestare la sua volontà? L'art. 1655 esige una intimazione che costituisca il compratore in mora. Occorre dunque un atto autentico constatante che, non avendo il compratore pagato, il venditore si vale della risoluzione, e la risoluzione avendo luogo di pien diritto, la intimazione significa che la vendita è risolta in forza del contratto. Così l'intimazione tien luogo della sentenza che, nel caso di condizione risolutiva tacita, pronuncia lo scioglimento della vendita. Ciò è pienamente logico. Che cosa vogliono le parti stipulando che la vendita sarà risolta di pien diritto? Esse intendono che la vendita sarà risolta per la loro volontà a profitto del venditore, se cioè, il venditore, che ha due diritti, opta per la risoluzione. Quando dunque il venditore ha dichiarato di optare per la risoluzione, tutto è finito.

Interpretato, così l'art. 1656 non fa che applicare i principii generali che governano il patto commissorio. Esso non vi deroga che in un punto: il venditore, cioè, deve dichiarare la sua opzione, vale a dire manifestare la sua volontà con un atto autentico, mentre, secondo il diritto comune, basterebbe una manifestazione qualunque di volontà, anche tacita. Questa derogazione si comprende assai bene. In una materia così importante come la vendita d'immobili, il legislatore ha voluto prevenire le difficoltà e le contestazioni esigendo una dichiarazione autentica che determini con certezza la posizione delle parti.

345. Non così si considera però generalmente l'intimazione prescritta dall'art. 1656. L'intimazione, si dice, è un atto col quale il compratore vien citato a pagare, vale a dire ad eseguire il contratto. Dunque il contratto non è ancora risolto colla intimazione. Il venditore che cita il compratore a pagare deve lasciargli un tempo sufficiente, uno o tre giorni, per estinguere il debito. « Sarebbe irragionevole, si osserva, che l'atto con cui si diffida il compratore a pagare lo privasse immediatamente del diritto di eseguire il fatto che gli si ingiunge di compiere. L'intimazione implica un termine brevissimo per l'esecuzione, e gli è solo dopo il decorrimento di questo che il compratore sarà spogliato del diritto di pagare ». In appoggio di questa opinione si può invocare il testo dell'art. 1656, il quale dice che l'intimazione è una costituzione in mora. Ciò significa che il compratore è costituito in mora a pagare, e quindi può ancora pagare. L'intimazione è fatta nel suo interesse. « La dimenticanza, la negligenza, l'inerzia del debitore, forse anche una fiducia ispirata dalla falsa condiscendenza del creditore, potrebbero cagionare al compratore un danno considerevole ». Ecco perchè la legge esige un'intimazione (1). Si dirà che il compratore era sufficientemente avvertito dal contratto? Portalis prevede l'obbiezione e vi risponde: « Il rigore del contratto poteva essere raddolcito dalla volontà dell'uomo. Il silenzio del venditore fa presumere la sua indulgenza. Soltanto una intimazione positiva può impedire o distruggere questa presunzione » (2).

Crediamo che in tal modo si interpreti male la legge o, per meglio dire, la volontà delle parti contraenti, dappoichè si tratta. di una convenzione. Quando le parti dicono che la vendita sarà risolta di pien diritto, in mancanza del pagamento del prezzo nel termine convenuto, intendono che il contratto sia risolto per loro volontà. Se occorre inoltre che il venditore faccia un'intimazione al compratore, non è già per domandare l'esecuzione della vendita. Ciò sarebbe in opposizione col patto commissorio. Non si domanda l'esecuzione d'un contratto che le parti hanno già risoluto e che il venditore dichiara disciolto colla intimazione. L'intimazione constata la mora del compratore e la volontà del venditore di approfittare della risoluzione della vendita che ne risulta. Gli è così appunto che la legge interpreta il patto commissorio. Infatti essa non dice che il compratore potrà ancora pagare dopo l'intimazione, chè anzi dispone il contrario: « Il compratore può non ostante pagare, *spirato il termine. finchè non è stato costituito in mora mediante intimazione della domanda giudiziale* ». Dunque a partire dall'intimazione egli non può più pagare. In conseguenza, l'intimazione non ha per oggetto di eccitare il compratore a pagare, ma, per l'opposto,

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 126, n. 101 *bis* III, e p. 125, n. 101 *bis* I.
(2) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, n. 22 (LOCRÉ, t. VII, p. 75).

mira a far constatare il momento in cui la vendita è risolta e in cui, per ciò appunto, non è più lecito di pagare (1). Se il compratore può pagare finchè non è fatta l'intimazione, ciò avviene perchè fino a quel momento non si sa se il venditore opterà per la risoluzione o per l'esecuzione del contratto. Dunque, in attesa ch'egli faccia l'opzione, il contratto sussiste, il che dà al compratore il diritto di pagare. Ma, una volta fatta l'intimazione, il compratore non può più pagare, altrimenti si violerebbe la convenzione, che risolve il contratto di pien diritto. Che importa se l'oratore del governo dice il contrario? Il testo della legge e la volontà delle parti contraenti hanno un'autorità ben maggiore che non le sue parole. Che cosa dice Portalis? Ecco le sue parole: « Quando l'intimazione è fatta, *se l'acquirente non paga*, il giudice non può accordargli alcuna dilazione ». La legge stabilisce, al contrario, che il debitore non può pagare se non fino a quando non è stato costituito in mora mediante una intimazione. L'interpretazione di Portalis è in contrasto anche collo spirito della legge. La legge esige una intimazione per determinare la posizione delle parti e le sorti della vendita, mentre, secondo l'opinione di Portalis, l'incertezza continua. Il compratore può ancora pagare. Quando? Per quanto tempo? Non lo si sa.

346. L'art. 1656 soggiunge: « Dopo questa intimazione il giudice non può accordargli alcuna dilazione ». Ciò è di diritto poichè soltanto nel caso della condizione risolutiva tacita il giudice può accordare una dilazione al debitore. Quando le parti hanno regolato esse medesime la risoluzione, il magistrato non ha più diritto d'intervenire. Il contratto è una legge per le parti e per il giudice. Dal momento che l'intimazione è fatta, il contratto è risolto, nè può più parlarsi d'accordare una dilazione per l'adempimento d'un contratto che si ritiene non sia mai esistito. È questa l'opinione generale. Noi non comprendiamo come Duranton abbia potuto sostenere il contrario, e crediamo inutile combattere le cattive ragioni che egli fa valere (2). Troplong si è presa codesta briga. I principii, la lettera e lo spirito della legge non lasciano alcun dubbio. Tuttavia la questione è stata portata davanti la Corte suprema in un caso in cui il compratore aveva fatto delle offerte posteriormente all'intimazione. Respingendo il ricorso, la Corte dice: « Che l'art. 1656 non accordando al compratore in ritardo a pagare il diritto di purgare la sua mora se non in quanto non è stato citato, la sentenza che ha dichiarato senza effetto le offerte dell'attore fatte posteriormente all'intimazione da lui ricevuta, *si è letteralmente conformata* a questo articolo » (3). Ciò significa che la lettera

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 565, n. 463.
(2) DURANTON, t. XVI, p. 397, n. 377. In senso contrario, tutti gli autori. Vedi TROPLONG, p. 344, n. 669 e 670.
(3) Rigetto, 19 agosto 1824 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1273, 1.°).

della legge decide la questione e quindi non dovrebbe esservi controversia.

347. Si cita una sentenza la quale avrebbe giudicato in senso contrario (1). Importerebbe ben poco. Noi non riconosciamo alcuna autorità alla giurisprudenza quando è in opposizione col testo del codice. Ma la sentenza non riproduce i termini del patto commissorio, ed anche l'estensore non li fa conoscere. Nondimeno, tutto dipende dai termini in cui è concepito il patto, poichè tutto è rimesso alla volontà delle parti contraenti. Come abbiamo detto al titolo delle *Obbligazioni*, vi hanno patti commissorii che sono identici alla condizione risolutiva tacita. Non vi ha dubbio che l'art. 1656 sia inapplicabile quando le parti si sono limitate a trascrivere nell'atto di vendita la disposizione dell'art. 1184. Ma quando il patto commissorio non è la riproduzione pura e semplice dell'art. 1184. bisogna vedere in che cosa le parti hanno derogato alla condizione risolutiva tacita, perchè esse possano derogarvi in tutto o in parte. L'art. 1656 prevede una deroga parziale, nel senso che la risoluzione avrà luogo senza che il giudice la pronunci e senza che possa arrestarla accordando una dilazione al compratore. In questo caso, la legge decide che la risoluzione esisterà dal momento che il venditore avrà dichiarato la sua volontà mediante una intimazione. Occorre all'uopo che il patto sia concepito nei termini dell'art. 1656? No, perchè si tratta di una convenzione che le parti possono formulare come meglio vogliono. È la volontà delle parti che fa legge. Poco importa in quali termini esse abbiano espressa. È stato giudicato non essere necessario che le parti dicano che il contratto sarà risolto di *pien diritto*, quando d'altronde è certo che nella loro intenzione il contratto doveva essere risolto se il compratore non pagava il prezzo (2). Non vi ha alcun dubbio al riguardo.

348. La legge esige una intimazione anche quando il patto commissorio rechi che la vendita sarà risolta di pien diritto. Si domanda se le parti possono stipulare che il contratto sarà risolto senza che il venditore sia tenuto a fare l'intimazione al compratore. Noi abbiamo insegnato l'affermativa, come principio generale, al titolo delle *Obbligazioni* Questo principio riceve applicazione alla vendita. L'articolo 1656 non vi si oppone. Come dice benissimo la Corte di cassazione del Belgio, nella sentenza citata più sopra, l'art. 1656 non dice che il patto commissorio debba essere stipulato nei termini ch'esso prevede, ma determina soltanto gli effetti del patto così formulato, e interpreta l'intenzione delle parti nel senso ch'esse abbiano inteso che il venditore manifestasse la sua volontà di approfittare della risoluzione. Perchè il venditore non potrebbe ma-

---

(1) Riom, 29 luglio 1808 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1272).

(2) Corte di cassazione del Belgio, rigetto, 15 luglio 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 328). Nancy, 1.° dicembre 1830 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1267).

nifestare questa volontà anticipatamente, stipulando che la vendita sarà risolta pel fatto solo che il prezzo non fosse pagato nel termine convenuto, e senza intimazione, nè manifestazione alcuna da parte sua? Questo patto non è altro che una rinuncia al diritto d'opzione che spetta al venditore, quando il compratore non paga il prezzo. Ora il venditore è libero di rinunciare ad un diritto stabilito unicamente in suo favore (1).

Eppure la giurisprudenza è dubbiosa ed incerta. Un atto di vendita stabilisce che, dove il compratore non paghi il prezzo alla scadenza del termine convenuto, la vendita si riterrà come non avvenuta senza bisogno di costituzione in mora per rientrare nella proprietà dei beni venduti. Non avendo il compratore soddisfatta la propria obbligazione, il venditore gli intimò di rilasciare i beni. Giuridicamente non vi era dubbio. La volontà delle parti era formale: esse volevano che la vendita fosse risolta senza intimazione. La Corte di Caen decise, al contrario, che non si poteva dispensare il venditore dall'intimazione senza mettersi in opposizione col testo e collo spirito dell'art. 1656. La Corte ha dato una falsa interpretazione alla legge. Essa confonde il patto stipulato dalle parti con quello previsto dall'art. 1656, mentre i due patti sono essenzialmente diversi, e devono per conseguenza produrre effetti differenti. Sul ricorso, la Cassazione decise che la Corte di Caen, col ritenere che l'art. 1656 racchiudesse, quanto alle vendite d'immobili, un'eccezione formale all'art. 1139 aveva applicato la disposizione dell'art. 1656 nel senso più giusto e più razionale (2). A nostro avviso, nè ci preoccupiamo di dirlo, tutto è falso in questa decisione. L'art. 1656 non ha nulla di comune coll'art. 1139. Non si tratta di costituire un debitore in mora ad adempiere le sue obbligazioni, bensì di sapere se le parti possono fare del patto commissorio una condizione risolutiva espressa, nel senso che la vendita sarà risolta per la volontà delle parti dichiarata nel contratto, allorchè si sia verificato il fatto che costituisce la condizione, vale a dire dal momento che il compratore non pagherà il prezzo. Basta porre la questione per risolverla. L'articolo 1625 non decide una questione di diritto come sembra credere la Corte, ma interpreta una convenzione. Ma se le parti fanno una convenzione diversa, si verrà ad oppor loro l'interpretazione che la legge ha data ad un patto ch'esse non hanno stipulato?

La Corte di Bruxelles ha giudicato, in senso contrario, che, non essendo l'intimazione prescritta dall'art. 1656 d'ordine pubblico, il venditore era libero di rinunciarvi (3). Sarebbe stato

(1) DUVERGIER, t. I, p. 563, n. 462.
(2) Rigetto, 17 gennaio 1833 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1271).
(3) Bordeaux, 3 marzo 1842 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1279, 7.°).

più esatto dire che le parti possono fare quelle stipulazioni che credono meglio convenienti, purchè non siano contrarie all'ordine pubblico. Ma la Corte non sembra troppo sicura di questo motivo di decidere, perchè ne invoca pure un altro che è contestabilissimo, cioè che l'intimazione può essere sostituita da un atto equivalente.

II. — Effetto del patto commissorio.

349. Pohier dice doversi stipulare che il patto commissorio sia stipulato soltanto in favore del venditore e non acquisti diritti che a lui. Ecco una di quelle verità che sembra inutile enunciare, tanto sono evidenti. Il patto commissorio è la condizione risolutiva tacita modificata in favore del venditore che la stipula. Il patto è dunque inserito nel contratto contro il creditore. Si può ammettere che il debitore venga a prevalersi di una clausola che il creditore ha stipulato contro di lui? Eppure lo è sostenuto. Il venditore ha due diritti quando il compratore non paga il prezzo: può domandare la risoluzione, e può anche esigere il pagamento del prezzo. Fortificando il suo diritto alla risoluzione colla stipulazione d'un patto commissorio, il venditore non intende certo rinunciare a quanto gli spetta in principalità, val dire a chiedere l'esecuzione della convenzione. Nel caso che si è presentato davanti la Corte di Bruxelles il compratore pretendeva di poter invocare il patto commissorio contro il venditore. La Corte risponde che ciò che costiuisce una facoltà pel venditore non dà al compratore il diritto di costringere il venditore a valersi del proprio patto (1). Il compratore potrebbe però stipulare che, in caso di mancato pagamento del prezzo, la vendita sarebbe risolta senza che il venditore avesse diritto d'esigerne il pagamento. E questa, in altri termini, la convenzione di cui abbiamo poc'anzi sostenuto la validità (n. 318). Essa esorbita dal diritto comune, e quindi dev'essere pattuita in modo da non lasciare alcun dubbio sull'intenzione delle parti contraenti.

350. L'opzione che spetta al venditore dà luogo ad una difficoltà. S'egli domanda la risoluzione, potrà poscia cambiare le sue conclusioni e chiedere il pagamento del prezzo? E se richiede il pagamento può abbandonare la sua domanda per conchiudere alla risoluzione del contratto?

La questione suppone che il venditore abbia la scelta, e Pothier sembra credere che essa appartenga sempre al venditore. Tale è, infatti, il diritto comune. Ma il venditore può rinunciare al suo diritto d'opzione stipulando che la vendita sarà risolta senza

(1) Bruxelles, 10 dicembre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 243).

intimazione nè manifestazione qualsiasi di volontà da parte sua. In questo caso, il patto commissorio equivale alla condizione risolutiva espressa. La vendita è risolta per ciò solo che il compratore non paga il prezzo. Il venditore non ha nulla da domandare; è la legge del contratto che opera la risoluzione.

Quando il contratto reca che la vendita sarà risolta di pien diritto, o, il che torna lo stesso, che la risoluzione si farà senza formalità giudiziaria, occorre, secondo l'art. 1656, una intimazione, il che, secondo la nostra opinione (n. 344), vuol dire che il venditore, avendo due diritti, deve optare, e se si pronuncia per la risoluzione, deve dichiarare la sua opzione mediante una intimazione. Può egli, dopo aver fatta l'intimazione, ritornare sulla scelta che ha fatto e domandare il pagamento del prezzo? Se si ammette con noi che l'intimazione risolve la vendita, non può più parlarsi d'eseguire il contratto. Il venditore ha fatto la sua scelta e tutto è consumato. Si decideva così, in diritto romano, pel motivo che il patto operava di pien diritto la risoluzione del contratto sotto la condizione che il venditore usasse del patto. Tale è pure il senso del patto commissorio quando è stipulato nei termini dell'art. 1656 (1).

Perchè si presenti la questione, bisogna supporre che il patto non stipuli la risoluzione di pien diritto. In questo caso, le parti non hanno fatto che riprodurre la condizione risolutiva tacita dell'art 1184, e il loro patto produce gli identici effetti. Bisogna dunque vedere se il venditore che domanda la risoluzione può ancora modificare le sue conclusioni reclamando il pagamento del prezzo. L'affermativa ci pare certa. Secondo la nostra opinione, il venditore ha due diritti distinti, di natura diversa, indipendenti l'uno dall'altro, il diritto al prezzo e il diritto alla risoluzione. Egli è libero d'esercitare l'uno o l'altro di questi diritti. Se comincia col domandare la risoluzione, non rinuncia per ciò al diritto che gli spetta di chieder l'esecuzione del contratto perchè la sua azione non scioglie il contratto: il giudice può non pronunciare la risoluzione, può accordare una dilazione al compratore; il che prova che questi ha ancora il diritto di pagare, e quindi il venditore deve avere il diritto di esigere il pagamento. Egli conserva questo diritto fino a che la risoluzione sia consumata, e non lo è che coll'acquiescenza del convenuto o con una sentenza passata in forza di cosa giudicata (2).

351. D'ordinario il venditore comincia col domandare il pagamento del prezzo. È questo il suo diritto principale. Rinuncia egli per ciò a chiedere la risoluzione della vendita? No, certo, perchè la domanda del prezzo è il preliminare dell'azione di risoluzione, non potendo il venditore chiedere la riso-

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 461. DUVERGIER, t. I, p. 550, n. 446.
(2) Cfr. quanto abbiamo detto della condizione risolutiva tacita, t. XVII, n. 139.

luzione se non quanto il compratore non paga il prezzo (articolo 1654). Che il venditore intimi al compratore di pagare, o che proceda contro di lui giudizialmente, fa lo stesso. L'azione non attribuisce alcun diritto al convenuto, e non implica alcuna rinuncia da parte dell'attore (1). Sarebbe così anche quando le parti avessero stipulato che la vendita sarà risolta di pien diritto in mancanza del pagamento del prezzo. In questo caso il venditore non ha bisogno di agire giudizialmente per domandare la risoluzione. Essa gli è acquisita per ciò solo che ha fatto un'intimazione al compratore. Egli conserva però il diritto di chiedere l'esecuzione del contratto, e se la domanda se ne deve conchiudere che rinunci al suo diritto di risoluzione? No, perchè la domanda che ha fatto del prezzo non attribuisce alcun diritto al compratore. Sarebbe altrimenti se il compratore avesse fatto acquiescenza alla domanda. Si forma allora un contratto fra le parti, e il contratto giudiziario, come ogni altro contratto, è irrevocabile (2).

352. Il diritto del venditore si trasmette ai suoi eredi. Ciascuno di questi può domandare la risoluzione per la sua quota ereditaria? La difficoltà sta nel sapere se l'azione di risoluzione è divisibile. La questione è controversa. A nostro avviso, la divisibilità dell'azione non è dubbia. Infatti, l'art. 1217 dichiara divisibile il diritto che ha per oggetto una cosa suscettibile di divisione, sia materiale che intellettuale. Ora, in che consiste il diritto del venditore? Anzitutto nel domandare il pagamento del prezzo. Questo diritto ha per oggetto una cosa essenzialmente divisibile. Esso si divide dunque fra i suoi eredi. Ciascuno non può reclamare che la sua parte ereditaria nel prezzo. Se il compratore non paga, il venditore può domandare la risoluzione della vendita. Anche questo diritto è divisibile, perchè consiste nel diritto di rientrare nella proprietà della cosa venduta. Essendo questa, come si suppone, divisibile, lo è anche l'azione di risoluzione.

Ciò non è contestato, ma si pretende che il compratore può invocare per analogia il beneficio degli art. 1670 e 1685. Se la vendita è fatta colla clausola del riscatto e il venditore muore lasciando più eredi, il diritto al riscatto si dividerà fra di loro? Si, dice l'art. 1669. Ciascuno d'essi non può usare della facoltà di riscatto se non per la parte che prende nella successione. Ecco l'applicazione del principio di divisibilità. La clausola di riscatto è una condizione risolutiva espressa, e il diritto alla risoluzione è dichiarato divisibile dalla legge. Ma l'art. 1670 apporta una modificazione a questo principio. L'acquirente può esigere l'intervento in causa di tutti i coeredi, affinchè si accordino fra

---

(1) Merlin, *Questioni di diritto*, v. *Option*, § I, n. 10, e tutti gli scrittori. Aubry e Rau, t. IV, p. 403, nota 50, § 356. La giurisprudenza è in questo senso (Dalloz, v. *Vente*, n. 1323).

(2) Gand, 22 gennaio 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 199).

loro per la ripresa dell'intiero fondo, e se non si accordano, egli sarà assoluto dalla domanda. Si può applicare questa disposizione per analogia al patto commissorio? Pare a noi che l'analogia sia soltanto apparente. Nella clausola di riscatto vi ha risoluzione per l'inadempimento del contratto. Bisogna dunque tener conto della volontà delle parti contraenti. Ora chi acquista un fondo intende acquistare la proprietà di tutto il fondo e conservarla. Dunque, nell'intenzione delle parti, il contratto deve essere risolto o mantenuto per la totalità. Nel patto commissorio vi ha risoluzione in conseguenza dell'inesecuzione del contratto. Il compratore contro il quale uno degli eredi del venditore domanda la risoluzione non può dire ch'egli ha inteso acquistare la proprietà di tutto il fondo e conservarla. Gli si potrebbe rispondere non dipende che da lui il conservarla pagando il prezzo. Può egli prevalersi dell'inadempimento delle sue obbligazioni contro l'attore? L'inesecuzione dell'obbligazione non attribuisce mai un diritto al debitore contro il creditore (1).

La giurisprudenza è divisa al pari della dottrina. Vi ha una sentenza della Corte di cassazione che considera la disposizione dell'art. 1670 come un principio generale, applicabile ad ogni risoluzione di vendita. La Corte afferma, ma non prova. Essa soggiunge che, secondo la sentenza impugnata, le parti contraenti avevano considerato la vendita come indivisibile, il che produceva una indivisibilità d'obbligazione (art. 1218) (2). Le parti possono senza dubbio dichiarare indivisibile una obbligazione che, per sua natura, è divisibile e spetta al giudice apprezzare la loro intenzione. Ma da questo non si può certo conchiudere che la risoluzione della vendita sia indivisibile. L'articolo 1669 dice tutto il contrario. E se è divisibile, il compratore può invocare l'inesecuzione del contratto contro un erede del venditore? La negativa ci pare certa.

N. 3 — Dell'effetto della risoluzione.

I. — Fra le parti.

353. Gli effetti della risoluzione sono identici, sia il contratto risolto in forza d'una condizione risolutiva espressa o della condizione risolutiva tacita dell'art. 1184, e, per conseguenza, del patto commissorio. In tutti i casi, si applica il principio quale è formulato dall'art. 1183. Quando si verifica la condizione risolutiva, il contratto è revocato, e le cose sono ri-

(1) Duvergier, t. I, p. 566, n. 464. In senso contrario, Aubry e Rau, t. IV, p. 399, nota 27, § 356.

(2) Rigetto, sezione civile, 6 maggio 1829 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1304). In senso contrario, Bourges, 31 luglio 1852 (Dalloz, 1854, 2, 4).

messe nel medesimo stato come se il contratto non fosse mai esistito. Ciascuna delle parti deve dunque restituire ciò che ha ricevuto in forza della vendita. Il compratore, se la cosa gli è stata consegnata, deve renderla al venditore e questi, se ha ricevuto una porzione del prezzo, deve restituirla (1). Le parti possono però derogare a questo principio, convenendo che l'azione di risoluzione sarà esercitata, in mancanza di pagamento del prezzo, senza ripetizione di denari. Gli acconti pagati sono, in questo caso, assegnati al venditore a titolo di danni e interessi (2).

354. Il compratore deve restituire i frutti percetti. Non vi ha alcun dubbio su questo punto, ma quale è il motivo del decidere? Secondo l'opinione insegnata da noi al titolo delle *Obbligazioni*, il venditore ha diritto ai frutti, giacchè per effetto della risoluzione della vendita si ritiene ch'egli sia sempre stato proprietario della cosa, e i frutti appartengono al proprietario (art. 547). Gli scrittori fondano la loro decisione sulla natura del possesso del compratore, considerandolo come possessore di mala fede (3). Abbiamo detto più volte essere questa una falsa applicazione dell'art. 550 (4). Il compratore non è possessore, ma proprietario, e non ha diritto ai frutti che a questo titolo. Ora, la risoluzione della vendita fa svanire questo titolo come se non fosse mai esistito. Egli non ha dunque alcun diritto. È l'art. 1183 che bisogna applicare. Il venditore ha diritto ai frutti, poichè la risoluzione deve metterlo nel medesimo stato come se la vendita non fosse esistita.

Alla sua volta il venditore deve restituire gli interessi degli acconti che ha ricevuti. Anche su questo punto tutti sono d'accordo. Vi ha però un'obbiezione speciosa. Gli interessi non sono dovuti che in forza d'una domanda giudiziale, a meno che la legge non li faccia decorrere di pien diritto (art. 1153). Ora, la legge dice appunto che il compratore deve pagare gli interessi se la cosa venduta produce frutti (art. 1652), ma non dice che il venditore debba restituirli in caso di risoluzione. La risposta all'obbiezione si trova nell'art. 1183. Le cose devono essere rimesse nel medesimo stato come se la vendita non fosse esistita. Ora, se non vi fosse stata vendita, il venditore non avrebbe riscosso acconti e il compratore avrebbe goduto delle somme che ha pagate a questo titolo. Dunque la risoluzione deve avere per effetto che il venditore renda conto d'un godimento al quale non ha avuto alcun diritto. L'equità si oppone d'altronde a che il venditore s'arricchisca a spese del compratore. Restituendo

(1) Colmar, 11 aprile 1826 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1279, 8.°).
(2) Rigetto, 31 gennaio 1837 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1355, 1.°). Orléans, 14 agosto 1845 (Dalloz, 1846, 2, 72).
(3) Troplong, p. 338, n. 652, e tutti gli autori.
(4) Vedi il vol. VI dei miei *Principii*, n. 243.

questi i frutti, il venditore deve restituire gli interessi, non potendo egli avere ad un tempo gl'interessi del prezzo e il godimento della cosa (1). Se la cosa venduta non producesse frutti, il venditore non dovrebbe restituire gli interessi di cui ha profittato perchè il compratore ha avuto di fatto l'uso della cosa. La risoluzione del contratto non toglie ch'egli abbia ritratto dalla cosa il profitto, l'utilità o il piacere ch'essa può dare. Ora, per effetto della risoluzione, egli non ha avuto alcun diritto all'uso della cosa. Dovrebbe dunque pagarlo al venditore, e questi restituirebbe gli interessi degli acconti che ha ricevuti. Nella pratica si semplificano queste reciproche prestazioni non obbligando il venditore a restituire gli interessi (2). Non restituendo il compratore che la cosa, il venditore, alla sua volta, non restituisce che la somma capitale che gli è stata pagata.

355. La legge non stabilisce compensazione fra i frutti e gli interessi che le parti devono restituire. Bisogna dunque attenersi strettamente al principio dell'art. 1183. Il venditore è proprietario dei frutti, e devono essergli restituiti quando è pronunciata la risoluzione. Il compratore è proprietario degli interessi, e vi ha diritto. Il venditore non può dunque domandare che i frutti restino al compratore e che, alla sua volta, egli sia dispensato dal pagamento degli interessi. Sarebbe violare l'art. 1183, poichè ne risulterebbe che la vendita ha esistito e ha prodotto effetto, non avendo il compratore diritto ai frutti che in virtù della vendita. Ora, l'art. 1183 decide che in caso di risoluzione non vi ha vendita, e quindi nessuno degli effetti ch'essa ha prodotto potrebbe sussistere (3).

356. Il principio dell'art. 1183 deve essere applicato anche ai deterioramenti che il compratore avesse fatti. La cosa è evidente, perchè il venditore deve ricevere il fondo nello stato in cui si trovava all'atto della vendita. Quando il fondo ha subìto un deprezzamento accidentale, il compratore non ne risponde, poichè la cosa avrebbe subìto questo stesso deterioramento anche se non fosse stata venduta. Se la cosa ha aumentato di valore, bisogna fare la stessa distinzione. Il venditore ha diritto al maggior valore che si è prodotto naturalmente senza il fatto del compratore. Vi ha una sentenza contraria della Corte di cassazione, ma non se ne può tenere alcun conto, perchè è in opposizione colla legge che rimette le parti nel medesimo stato come se la vendita non avesse avuto luogo. Donde segue che il venditore si prende la cosa coi suoi accessorii naturali (4).

---

(1) DUVERGIER, t. I, p. 357, n. 453. In senso contrario, Pau, 22 agosto 1840 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1381).

(2) Liegi, 18 giugno 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 166).

(3) DUVERGIER, t. I, p. 559, n. 454. Cassazione, 25 luglio 1834 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1377).

(4) Rigetto, 22 dicembre 1812 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1383).

E che dovrà dirsi dei lavori di miglioria fatti dal compratore? Se sono spese necessarie, egli ha diritto di ripeterle, non vi ha dubbio. Ma ha egli un'azione anche per le spese utili? Il principio dell'art. 1183, applicato in tutto il suo rigore, condurrebbe a questa conseguenza, che il compratore deve restituire al venditore il fondo come lo ha ricevuto. Il venditore avrebbe dunque diritto d'esigere la distruzione di quanto il compratore ha fatto, siano costruzioni o piantagioni. La Corte di Rouen ha deciso così, in applicazione d'un principio che noi non ammettiamo, che, cioè, il compratore sarebbe possessore di mala fede nel senso dell'art. 555 (1). Abbiamo detto altrove che questo articolo non è applicabile alla risoluzione dei contratti (vol. VI, n. 272), ma l'art. 1183 conduce allo stesso risultato. D'ordinario i tribunali candannano il venditore a restituire al compratore il maggior valore, il che è in opposizione col preteso principio dell'art. 555. Se il venditore vuol conservare le opere, deve naturalmente indennizzare il compratore fino a concorrenza dell'aumento di valore che risulta dai lavori. Profittando del maggior valore, deve pagarlo. Non deve la spesa, perchè non è delle spese ch'egli profitta, ma del valore (2).

357. L'art. 1184 accorda a colui che domanda la risoluzione del contratto, per inadempimento delle obbligazioni del debitore, il diritto di reclamare i danni ed interessi. È l'applicazione del diritto comune (art. 1147). La rottura del contratto può cagionare al venditore un danno che il compratore deve riparare, poichè risulta dall'inesecuzione delle sue obbligazioni (3). È stato giudicato che, nel calcolo dell'indennità, bisognava tener conto dei lavori di miglioria eseguiti dal compratore. Se il venditore mantiene le opere, il compratore ha diritto ad una indennità. Il suo credito potrà compensarsi col debito dei danni ed interessi (4).

II. — Dell'effetto della risoluzione a riguardo dei terzi.

1. — Vendite immobiliari.

358. La risoluzione della vendita ha effetto a riguardo dei terzi, nel senso che i diritti concessi dall'acquirente o subacquirente sono risolti quando si risolvono i diritti del venditore. È questa una conseguenza del principio dell'art. 1183. Considerandosi la vendita risolta come non mai esistita, ne risulta che l'acquirente non è stato mai proprietario, e che, per con-

---

(1) Rouen, 28 dicembre 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 111).
(2) Orléans, 14 agosto 1845 (DALLOZ, 1846, 2. 72).
(3) Gand, 19 dicembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 92).
(4) Riom, 1.° giugno 1859 (DALLOZ, 1859, 2, 121).

seguenza, non ha potuto concedere alcun diritto sulla cosa. Abbiamo già esposto questo principio al titolo delle *Obbligazioni* (1).

Secondo la nostra opinione, bisogna dire altrettanto degli atti d'amministrazione, e specialmente delle locazioni consentite dall'acquirente il cui diritto viene risolto. La giurisprudenza si è pronunciata per l'opinione contraria (2). Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni.*

359. L'applicazione del principio dà luogo ad una difficoltà. Se il compratore ha alienato la cosa venduta, l'azione di risoluzione deve tuttavia essere intentata contro il primo compratore, o può il venditore agire direttamente contro il secondo acquirente? Abbiamo discusso la quistione al titolo delle *Obbligazioni.* Secondo la nostra opinione, l'azione di risoluzione non può essere intentata che contro il compratore, perchè è un'azione personale che nasce dall'inesecuzione del contratto. È soltanto dopo la risoluzione della vendita che il venditore, rientrato nel suo diritto di proprietà, può rivendicare la cosa contro i terzi acquirenti (3). La giurisprudenza è incerta e la maggior parte delle sentenze sono mal redatte. Crediamo inutile discuterle, i principii non essendo dubbii. Ciò che ha ingannato i pratici si è che la sentenza di risoluzione ottenuta contro il primo compratore non può essere opposta ai terzi, poichè essi non vi hanno partecipato.

Non vi ha dubbio su ciò, ma tutto quanto se ne può conchiudere si è che il venditore agirà con prudenza mettendo in causa il terzo acquirente. La stessa sentenza pronuncerà a un tempo sulla risoluzione dei diritti dell'acquirente e sulla risoluzione dei diritti del subacquirente, come pure sul diritto di rivendicazione che ne risulta per il primo rivenditore. Si andò più avanti e fu giudicato che l'azione di risoluzione poteva essere intentata direttamente contro il terzo acquirente, e siccome l'azione contro un terzo possessore, estraneo alla prima vendita, è necessariamente reale, si è pensato che l'azione di risoluzione avesse un duplice carattere, che fosse a un tempo personale e reale. Di qui quella strana espressione, che si trova in una sentenza della Corte suprema, che la condizione risolutiva assicura al venditore un diritto reale. Senza dubbio, il secondo acquirente è passibile degli effetti della clausola risolutiva, come dice la Corte (4), ma non già perchè la condizione risolutiva confermi un diritto reale al venditore. Come mai una

---

(1) Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1365 e 1366.

(2) Vedi una sentenza, assai mal motivata, di Bruxelles, 25 febbraio 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 198).

(3) È l'opinione generale degli autori, salvo il dissenso di DURANTON (AUBRY e RAU, t. IV, p. 401, nota 38, § 356).

(4) Cassazione, 2 dicembre 1811 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1290, 1.°). Cfr. le altre sentenze riportate nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1290, 1595-1300, e rigetto, Corte di cassazione del Belgio, 22 febbraio 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 320).

clausola che suppone l'adempimento delle obbligazioni contratte dal compratore potrebbe dare al venditore un diritto reale sulla cosa contro un terzo acquirente? Il suo diritto reale non è altro che il suo diritto di proprietà, ma perchè egli possa rivendicare contro il terzo acquirente, bisogna innanzi tutto che la prima vendita sia risolta, e questa vendita non può essere risolta se non contro il compratore che vi ha concorso. È dunque fra le parti contraenti che avviene la risoluzione, ed è in forza di questa risoluzione che il venditore, rientrato nel suo diritto di proprietà, rivendica la cosa contro il terzo acquirente. Soltanto, se la risoluzione ha luogo in forza d'una sentenza, il venditore deve chiamare il terzo in causa perchè la sentenza sia pronunciata con lui e gli sia comune.

360. Diciamo « se la risoluzione ha luogo in forza d'una sentenza ». Accade sempre così quando la risoluzione è pronunciata in forza della condizione risolutiva tacita dell'art. 1184. Così è pure se le parti hanno stipulato un patto commissorio il quale si limiti a riprodurre la condizione risolutiva tacita, e che, per conseguenza, produce gli stessi effetti. Ma se il patto commissorio dispone che la vendita, in mancanza di pagamento del prezzo, sarà risolta di pien diritto, senza intimazione, la risoluzione avverrà senza sentenza, in forza del contratto pel solo motivo che il prezzo non fu pagato. Il venditore rientra dunque *ipso jure* nel suo diritto di proprietà, e può esercitarlo per via di rivendicazione contro un subacquirente. Se il patto commissorio è formulato nei termini dell'art. 1656, vale a dire se sia dichiarato che la vendita sarà risolta di pien diritto, occorrerà una intimazione, ma questa intimazione basterà per risolvere la vendita, e per conseguenza il venditore potrà rivendicare contro i terzi. Prima dell'intimazione, non potrebbe rivendicare, poichè la vendita sussiste, e, finchè essa sussiste, sussistono anche i diritti dei terzi. Il venditore non avrebbe diritto di domandare la risoluzione contro i terzi, poichè i terzi non sono parti nel contratto che deve essere risolto. L'azione del venditore contro i terzi è necessariamente un'azione reale, vale a dire una rivendicazione, ed egli non può rivendicare se non quando sia rientrato nel suo diritto di proprietà per l'effetto della risoluzione della vendita da lui consentita.

La giurisprudenza non fa queste distinzioni. Coll'ammettere che il venditore può agire contro i terzi in forza della condizione risolutiva tacita dell'art. 1184, essa riconosce naturalmente ugual diritto al venditore, quando vi ha patto commissorio, senza distinguere in quali termini il patto è concepito. A parer nostro, questa teorica è meno corretta.

361. Quando il compratore non paga il prezzo, il venditore ha due diritti, a termini dell'art. 1184, vale a dire la scelta, di costringere il compratore all'esecuzione del contratto o di domandarne la risoluzione. Il suo diritto al prezzo è garantito da un privilegio sulla cosa venduta. Sebbene procedano dalla stessa

causa, cioè la vendita, i due diritti del venditore sono molto diversi. Il diritto al prezzo è un diritto mobiliare, quello alla risoluzione immobiliare, giacchè abbiamo presupposto la vendita di un immobile. Quando il venditore chiede il pagamento del prezzo, esercitando il suo privilegio, mantiene la vendita, forzando il compratore all'esecuzione della convenzione, mentre, se domanda la risoluzione, la vendita sarà considerata come non mai esistita. Queste differenze fra il diritto al prezzo e il diritto alla risoluzione fanno insorgere una questione difficilissima. Si domanda se il diritto alla risoluzione sia una dipendenza, un accessorio del diritto al prezzo, di modo che coloro i quali hanno diritto al prezzo abbiano per lo stesso motivo facoltà di chiedere la risoluzione della vendita. Non è qui il luogo di occuparci di questo argomento sul quale ritorneremo al capo della *Cessione*.

Non può cader dubbio che il codice considera i due diritti come distinti e indipendenti l'uno dall'altro. Il diritto al prezzo non è un diritto utile se non pel privilegio che vi è annesso, e il privilegio non può essere esercitato se non è conservato. Secondo la nostra nuova legge ipotecaria, il privilegio deve essere reso pubblico mediante l'iscrizione, o colla trascrizione dell'atto di vendita. Se non sono adempite le formalità prescritte per la conservazione del privilegio, il venditore lo perde, e non è più, secondo le circostanze, che un creditore ipotecario, od un semplice creditore chirografario. La legge prescrive la pubblicità del privilegio nell'interesse dei terzi. Essa porta a loro conoscenza il credito privilegiato del venditore, al quale saranno posposti; il che permette loro di tutelare i proprii interessi.

Non avviene così del diritto di risoluzione. Sotto l'impero del codice civile, gli atti di vendita non erano resi pubblici mediante la trascrizione. I terzi acquirenti non avevano dunque alcun mezzo di assicurarsi se vi fosse un venditore non pagato il quale, esercitando la sua azione di risoluzione, potesse evincerli, e non avevano alcun mezzo legale per tutelarsi contro questa evizione. La legge li garantiva contro il privilegio del venditore, anzitutto colla pubblicità ch'essa richiedeva per la sua conservazione; indi supponendo il privilegio conservato, il compratore poteva liberare l'immobile di questo privilegio adempiendo le formalità della purgazione. Ma anche quando il privilegio non era mantenuto, il venditore aveva sempre il suo diritto di risoluzione, che la purgazione punto non distruggeva. Era questa la conseguenza logica del principio della indipendenza dei due diritti che la legge accorda al venditore, diritti di natura differente, aventi scopo diverso, e non l'uno all'altro subordinati. Il venditore poteva dunque perdere il privilegio, ma conservava l'azione di risoluzione. Se il sistema del codice era logico, era però assai dannoso pei terzi, e sotto questo rapporto la legge peccava di inconseguenza. Il legislatore aveva permessa la pubblicità dei privilegi come di tutti i pesi ipotecarii

per garantire i diritti dei terzi e la stabilità della proprietà, come aveva introdotta la purgazione per facilitare e favorire la libera circolazione dei dominii immobiliari. Il diritto di risoluzione del venditore rendeva inutili tutte queste garanzie. I terzi, che non potevano essere evitti da un'azione ipotecaria, lo erano dall'azione di risoluzione, azione occulta, di cui non potevano conoscere l'esistenza, e che non potevano eliminare con alcun mezzo legale. Il sistema del codice comprometteva dunque i diritti dei terzi, e per ciò stesso la libera circolazione degli immobili. La legge ipotecaria belga e la legge francese sulla trascrizione hanno completato le garanzie dei terzi acquirenti subordinando l'azione di risoluzione del venditore alla conservazione del suo privilegio. Noi non facciamo che indicare il principio. Vi ritorneremo al titolo delle *Ipoteche,* che è la sede della materia.

362. La legge ipotecaria ha colmato anche la lacuna che presentava la purgazione, quale era organizzata dal codice. Secondo la nuova legge, l'acquirente può liberarsi dall'azione di risoluzione del venditore quanto dal suo privilegio. Esporremo questa importante innovazione al titolo delle *Ipoteche.*

363. Oltre le vie legali comuni l'acquirente può eliminare l'azione di risoluzione del venditore, il diritto di questo può estinguersi, sia colla rinuncia, sia colla prescrizione. Che il venditore possa rinunciare al suo diritto di risoluzione, non vi ha alcun dubbio, poichè questo diritto non è stabilito che in suo favore. La rinuncia può essere espressa o tacita. È questo il diritto comune. Quando vi ha rinuncia tacita? L'argomento presenta gravi difficoltà.

Vi ha un caso nel quale la rinuncia non è dubbia. Il venditore provoca la vendita forzata dell'immobile pel mancato pagamento del prezzo. L'immobile è aggiudicato per quindicimila lire che vengono versate nelle mani del venditore. Egli ha ancora diritto a cinquemila lire sul prezzo. Potrà domandare la risoluzione dell'aggiudicazione offrendo di restituire le quindicimila lire che ha ricevuto? Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel decidere che il venditore rinuncia al suo diritto di risoluzione provocando la vendita forzata dell'immobile. Interviene, fra il venditore e coloro che egli stesso chiama a rendersi aggiudicatarii, una convenzione tacita, colla quale il venditore s'obbliga a non domandare la risoluzione dell'aggiudicazione, che egli stesso ha provocata. Sarebbe una contraddizione da parte sua spingere i terzi a rendersi aggiudicatarii, pur riservandosi la facoltà di evincerli nell'esercizio del suo diritto di risoluzione. Egli rinuncia dunque tacitamente alla sua azione di risoluzione. È sulla fede di questa rinuncia che i terzi acquistano. Essi non si renderebbero certo aggiudicatarii se potessero temere di essere evitti da quel medesimo che li ha provocati a comprare. Il venditore ha interesse a che si presentino aggiudicatarii, e perchè se ne presentino, deve rinun-

ciare al suo diritto di risoluzione. Alla loro volta, gli aggiudicatarii hanno contato su questa rinuncia. Ecco un concorso tacito di volontà che basta per formare una convenzione sulla quale il venditore non può più ritornare, se accada che l'aggiudicazione non risponda alla sua aspettativa non soddisfacendolo di ciò che gli è dovuto (1).

Vi ha rinuncia tacita al diritto di risoluzione anche quando il venditore autorizza o approva la rivendita dell'immobile. Il suo consenso alla rivendita non può avere che uno scopo, consolidare la prima vendita, garantendo il compratore contro l'evizione di cui il diritto del venditore lo minaccia. Senza dubbio, non si può ammettere facilmente che il venditore rinunci al diritto di risoluzione, che è la sua più forte garanzia, ma non si potrebbe parimenti ammettere che, dopo avere autorizzato o approvato la rivendita, egli evinca coloro di cui aveva consolidato il titolo. Ancora una volta si è formata una convenzione tacita sulla quale il venditore non può più ritornare, quand'anche si fosse ingannato nei suoi calcoli e non fosse intieramente pagato del suo prezzo. Se non intende confermare i diritti dei compratori che a condizione di ricevere il suo pagamento integrale, deve dichiararlo. Se non lo fa, i terzi hanno dovuto credere che la sua rinuncia era pura e semplice e, quindi, definitiva (2).

In teoria, questa dottrina ci pare incontestabile. È l'applicazione dei principii che reggono la rinuncia tacita. Vi poniamo una sola restrizione, la quale risulta dai principii medesimi, ed è che il fatto da cui si induce la rinuncia del venditore deve essere di tal natura da non poterlo interpretare altrimenti che coll'intenzione di rinunciare al diritto di risoluzione.

Questo apprezzamento appartiene al giudice, e dipende dalle circostanze della causa. Di qui la contrarietà delle decisioni giudiziarie sulla questione di sapere se il venditore, che si presenta in un giudizio di graduazione aperto per la distribuzione del prezzo di rivendita dell'immobile, debba reputarsi aver approvato la rivendita di questo immobile e, per conseguenza, aver rinunciato al suo diritto di risoluzione. In teoria, si può dire che colui il quale domanda che gli sia attribuito il prezzo della rivendita approva la vendita, poichè non vi ha prezzo se non vi ha vendita valida. Ma le rinuncie costituiscono piuttostochè una questione di diritto, una questione di fatto. Si tratta di sapere qual sia l'intenzione del venditore. Egli non ha preso alcun impegno preventivo verso il compratore. Se si presenta nel giudizio di graduazione, è perchè conta di ricevere il

(1) Duvergier, t. I, p. 550, n. 447. Tolosa, 24 agosto 1844 (Dalloz, 1845, 4, 521).
(2) Duvergier, t. I, p. 553, n. 447. Aubry e Rau, t. IV, p. 403, note 51 e 52, § 356.

prezzo. Presentarsi in giudizio, a suo credere, è un atto che equivale a quello di domandare il pagamento al compratore. Certo, domandare il prezzo al compratore non significa rinunciare al diritto di risoluzione. Noi dubitiamo fortemente che il venditore non abbia una diversa intenzione presentandosi nel giudizio di graduazione per essere pagato. La questione è molto controversa. Dottrina e giurisprudenza sono divise (1). Non sarebbe forse perchè si è voluto ravvisare una questione di diritto laddove non vi ha che una questione di fatto?

364. L'azione di risoluzione s'estingue colla prescrizione. Quale è la durata della prescrizione? Bisogna distinguere. Se la cosa venduta si trova nelle mani del compratore, l'azione del venditore si prescrive nel termine ordinario di trent'anni. Per vero, trattasi di un'azione personale originata da un contratto, e quindi retta dal diritto comune dell'art. 2262. Si è obbiettato l'art. 1304, che fissa a dieci anni la durata di ogni azione di nullità o di rescissione. Abbiamo già risposto all'obbiezione. Essa confonde la risoluzione coll'annullamento. La prescrizione speciale dell'art. 1304 non s'applica che all'azione di nullità. Essa non è applicabile alle azioni di risoluzione (vol. XIX, n. 29).

Se la cosa venduta si trova nelle mani d'un terzo, l'azione del venditore non è di risoluzione, ma una rivendica. Anche la rivendicazione può, in generale, essere esercitata nel corso di trent'anni. Vi ha eccezione quando il terzo possessore ha usucapito, perchè può allora respingere l'azione rivendicatoria coll'usucapione. Per l'usucapione occorre un titolo e buona fede. Qualche difficoltà si presenta sulla questione di sapere se esista la buona fede. Il terzo acquirente è in mala fede per ciò solo che sappia che il suo venditore non ha pagato il prezzo? È in mala fede, per conseguenza, se l'atto di vendita, constatante che il prezzo rimane dovuto, è stato trascritto? Esaminiamo siffatte questioni al titolo della *Prescrizione*.

2. — Vendite mobiliari.

365. Il diritto di risoluzione spetta al venditore tanto nelle vendite mobiliari quanto nelle vendite immobiliari (n. 337), ma è governato, per certi riguardi, da principii diversi. Secondo il codice civile, come pure secondo la nostra legge ipotecaria, il venditore di una cosa mobile ha un diritto che non appartiene al venditore d'un immobile, quello di rivendicazione. Questa rivendicazione è stata confusa colla risoluzione. Ma è un errore. Il codice civile (art. 2102, n. 4) e, dietro ad esso, la legge belga (art. 20, n. 5)

(1) Vedi le autorità, in senso diverso, citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 403, nota 52, § 356.

fanno conoscere lo scopo della rivendicazione, disponendo che il venditore d'effetti mobiliari può rivendicarli finchè si trovano in possesso del compratore *e impedirne la rivendita.* Il venditore rivendica dunque la cosa per impedire al compratore di rivendere. La rivendicazione non è che una staggina sulla cosa per garantire i diritti del venditore, che perirebbero se il compratore rivendesse. Infatti, il venditore non può esercitare il suo privilegio contro un terzo possessore, e non può, se domanda la risoluzione della vendita, rivendicare la cosa mobiliare contro un acquirente di buona fede. Colla rivendicazione egli riprende la cosa, e allora può, o esercitare il suo privilegio o domandare la risoluzione della vendita.

Secondo il codice civile, il diritto di risoluzione era indipendente dal diritto di rivendicazione, nel senso che il venditore, decaduto dal diritto di rivendicazione, poteva ancora domandare la risoluzione. La legge belga deroga, su questo punto, al codice Napoleone statuendo che la decadenza dall'azione di rivendicazione importa anche quella dell'azione di risoluzione *a riguardo degli altri creditori.* Spiegheremo questa disposizione al titolo delle *Ipoteche.* Constatiamo soltanto la conseguenza che ne risulta. Il venditore non può rivendicare che entro gli otto giorni dalla consegna, e se gli oggetti venduti si trovano ancora nello stesso stato in cui erano all'atto della consegna. Dunque egli non potrà più domandare la risoluzione della vendita dopo gli otto giorni, nè quando gli oggetti venduti non si trovano più nello stesso stato. La legge ha subordinato il diritto di risoluzione al diritto di rivendicazione nell'interesse dei terzi creditori chirografarii. Quanto ai terzi acquirenti, i loro interessi sono garantiti dalla massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo, se le cose vendute sono mobili corporali e il compratore è in buona fede. Nulla è innovato al diritto di risoluzione che il venditore ha contro il compratore. Questo diritto dura dunque trent'anni.

Codeste questioni non si presentano nella vendita degli immobili. Il venditore non ha il diritto di rivendicazione, nel senso dell'art. 2102, perchè non ne ha bisogno. Il suo privilegio gli dà facoltà di procedere, e il suo diritto di risoluzione retroagisce contro i terzi, nel senso che, quando la vendita è risolta, egli può rivendicare la cosa contro ogni terzo possessore, ed i diritti reali consentiti dal compratore vengono a cadere. Poco importa dunque che il compratore alieni. I diritti del venditore restano i medesimi.

366. È stato giudicato che il venditore non può più domandare la risoluzione quando ebbe luogo la consegna dei mobili venduti e questi vennero rivenduti senza frode (1). La decisione deve essere intesa nel senso che il venditore non

(1) Bourges, 10 agosto 1841, e rigetto, 12 dicembre 1842 (DALLOZ, v. *Biens*, numero 47).

può agire contro i terzi possessori di buona fede dei mobili, quand'anche facesse pronunciare la risoluzione contro il compratore. Il suo diritto contro i terzi è un diritto di rivendicazione, e i mobili corporali non si rivendicano contro un possessore di buona fede (art. 2279). Il diritto di risoluzione del venditore non può dunque essere esercitato utilmente se non fino a quando il compratore si trova in possesso. S'egli rivende, la risoluzione non ha più scopo, poichè non attribuisce alcun diritto al venditore. È precisamente per questo che il codice e la nostra legge ipotecaria danno al venditore il diritto di rivendicazione.

Il venditore non può neppure esercitare il suo diritto di risoluzione in danno d'un creditore privilegiato, se il privilegio di questo ha preferenza sul privilegio del venditore. Si ammette così perchè la prelazione che la legge accorda a questi creditori sarebbe illusoria se il venditore potesse privarli della loro garanzia e spogliarli del loro privilegio domandando la risoluzione della vendita (1). Ritorneremo su questo punto al titolo dei *Privilegi ed Ipoteche.*

367. Il diritto di risoluzione del venditore può trovarsi in conflitto anche col diritto dei creditori ipotecarii. Supponiamo che il compratore incorpori nel suo fondo il mobiliare venduto, come si fa sempre per le macchine e per gli apparecchi adoperati negli stabilimenti industriali. L'ipoteca acquistata si estende agli accessorii reputati immobili (art. 2133, e legge ipotecaria art. 45). I creditori ipotecarii esercitano dunque, per principio, il loro diritto sulle macchine incorporate nel fondo. Sorge allora la questione di sapere se il venditore conserva i suoi diritti contro i rivenditori ipotecarii. Egli ha due diritti, un privilegio e il diritto di risoluzione. Quanto al privilegio, la nostra legge ipotecaria decide la difficoltà. Il venditore non pagato conserva il suo privilegio ed è preferito, per conseguenza, ai creditori ipotecarii sotto le condizioni determinate dalla legge e che esporremo al titolo dei *Privilegi ed Ipoteche* (articolo 20, 5). Quanto al diritto di risoluzione, la nuova legge pone il principio che la decadenza sull'azione rivendicatoria importa quella di risoluzione a riguardo degli altri creditori. Ne risulta che il venditore, nella specie, è decaduto dalla sua azione di risoluzione a riguardo dei creditori ipotecarii (2). Infatti, egli non può esercitare la rivendicazione che negli otto giorni dalla consegna e supponendo che le cose vendute si trovino ancora nello stesso stato in cui erano all'atto della consegna. Ora, pel fatto dell'incorporazione, le macchine cambiano stato. Non sono più effetti mobiliari, ma immobili. Dunque il venditore non può

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 400, e nota 33, § 356.

(2) Secondo il codice civile, la questione è controversa. Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. VII, p. 400, nota 34, § 356.

più rivendicarli, e, per conseguenza, è decaduto anche dalla sua azione di risoluzione.

368. Vi ha ancora una differenza fra le vendite mobiliari e le vendite immobiliari in quanto concerne la prescrizione dell'azione di risoluzione. Se la cosa mobiliare resta in possesso del compratore, l'azione si prescrive, secondo il diritto comune, in trent'anni. Se la cosa è rivenduta dal compratore, il venditore non può più agire, poichè la sua azione contro i terzi è una rivendicazione, e l'art. 2279 non permette di rivendicare i mobili corporali contro i possessori di buona fede. A riguardo di tutti gli altri terzi, bisogna applicare la nuova disposizione della nostra legge ipotecaria, la quale dichiara il venditore decaduto dall'azione di risoluzione quando è incorso nella decadenza della rivendicazione. Ora, la rivendicazione non può esser fatta che negli otto giorni dalla consegna. Dunque il venditore deve domandare la risoluzione entro questo termine, sotto pena di decadenza, in quanto concerne i terzi creditori.

CAPO IV.

Della nullità e della risoluzione della vendita

SEZIONE I. — Principii generali.

369. Dispone l'art. 1658: « Indipendentemente dalle cause di nullità o di scioglimento espresse in questo titolo, e da quelle che sono comuni a tutte le convenzioni, il contratto di vendita può essere *risolto* coll'esercizio del *diritto di riscatto* e per la *viltà del prezzo* ». L'espressione *risolto*, di cui la legge si serve, è esatta in quanto concerne la clausola di riscatto, la quale è, in realtà, una condizione *risolutiva,* ma non è ugualmente corretta per ciò che concerne la tenuità del prezzo, perchè questa non costituisce una condizione risolutiva, è un vizio, quello di lesione, che altera il consenso e che, per conseguenza, vizia il contratto. La lesione rende il contratto rescindibile o annullabile, poichè la rescissione è una nullità. Il codice confonde dunque la nullità colla risoluzione. Portalis, che ha esposto i motivi del titolo della *Vendita,* commette lo stesso errore. Parlando del riscatto, egli dice che « coll'esercizio di questo diritto la vendita è *risolta o annullata* » (1). Ecco

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi,* n. 23 (LOCRÉ, t. VII, p. 76).

una confusione di due principii essenzialmente diversi. La vendita è nulla quando si trova affetta da un vizio, per esempio quando il consenso è viziato. In forza di questo vizio, la legge permette di domandarne la nullità. La vendita è soggetta a risoluzione quando è stata contratta sotto una condizione risolutiva espressa o tacita. Non vi ha, in questo caso, alcun vizio. È la volontà delle parti che rende il contratto risolubile.

Non trattasi di una differenza di sole parole. Gli effetti della nullità sono diversi da quelli della risoluzione. La nullità non opera di pien diritto. Quando si dice che un contratto è nullo, ciò significa che esso è annullabile. Lasciamo da parte i casi in cui il contratto è nullo nel senso che non ha esistenza legale. Non accade così della risoluzione. Essa opera di pien diritto quando la condizione risolutiva è stata stipulata dalle parti. È soltanto quando la legge sottintende la condizione risolutiva che la risoluzione deve essere domandata giudizialmente (articoli 1183 e 1184).

Il vizio che colpisce un contratto e che lo rende nullo può essere sanato dalla conferma, e il contratto confermato diviene pienamente valido come se non fosse mai stato viziato. Non può parlarsi di confermare un contratto soggetto a risoluzione. Quando la condizione risolutiva si verifica, il contratto si considera come se non sia mai esistito. Le parti sono libere di trattare di nuovo e di rifare la loro convenzione, ma questo non è una conferma, sibbene una nuova convenzione, la quale non ha effetto che dal momento in cui è intervenuto il concorso del consenso delle parti interessate, mentre la conferma retroagisce.

Il codice ha stabilito una prescrizione speciale dell'azione di nullità, perchè i contratti nulli sono suscettibili di essere confermati. La prescrizione di dieci anni è una conferma tacita. L'art. 1304 non è applicabile alle azioni di risoluzione. Non può trattarsi di confermare un contratto risolubile. L'azione rimane sottoposta alla regola generale dell'art. 2262.

370. La nullità e la risoluzione hanno questo di comune, che il contratto annullato o risolto è considerato come non mai esistito. Per conseguenza, tutti i diritti consentiti da colui la cui proprietà è annullata o risolta cadono. Non avendo diritti, non ha potuto concederne a terzi. Sarebbe lo stesso della risoluzione volontaria, vale a dire di quella che le parti contraenti consentono in forza dell'art. 1134, secondo il quale le convenzioni possono essere revocate col mutuo consenso di coloro che le hanno fatte? Al titolo delle *Obbligazioni* abbiamo detto che questa disposizione non può ricevere applicazione che ai contratti che si perfezionano successivamente, come la locazione, ma che non si applica ai contratti che si perfezionano nel momento stesso in cui interviene il consenso delle parti, come la vendita. Dal momento che le parti sono d'accordo sulla cosa e sul prezzo, la vendita è perfetta, e la proprietà è acquistata dal compratore a riguardo del venditore, quantunque

la cosa non sia stata consegnata nè il prezzo pagato. Sono questi i termini dell'art. 1583. Ne risulta che la risoluzione volontaria della vendita è impossibile, perchè vi ha un fatto compiuto, la traslazione della proprietà, e non è nel potere delle parti il fare che questa traslazione non abbia avuto luogo. Il fatto consumato sfugge alla potenza umana.

Nell'antico diritto accadeva altrimenti. Finchè la vendita non aveva ricevuto la sua esecuzione, il contratto poteva risolversi col solo consenso dei contraenti, come si era formato col loro consenso. Nulla era fatto finchè non si era compiuta la tradizione e il pagamento, nulla s'opponeva dunque ad un consenso contrario (1). Nel nostro diritto l'esecuzione del contratto non consiste nella consegna. Anteriormente alla consegna la vendita ha prodotto i suoi effetti, e questi effetti sono irrevocabili. Senza dubbio le parti possono convenire che il venditore terrà la cosa, ma questo non si può fare che in forza d'una nuova vendita, colla quale il compratore primitivo rivende la cosa al venditore. Vi saranno dunque due vendite, due mutazioni di proprietà, mentre, se vi fosse risoluzione, non vi sarebbe alcuna vendita, alcuna mutazione di proprietà. Donde la conseguenza che, in caso di risoluzione volontaria, i diritti reali consentiti prima della risoluzione o imposti dalla legge sussistono. Tale è l'ipoteca legale della moglie, purchè sia inscritta, secondo la nostra legge ipotecaria, e indipendentemente da ogni iscrizione, secondo il codice civile. Infatti, la pretesa risoluzione è una rivendita. Ora, la rivendita non risolve i diritti reali stabiliti sulla cosa. È dunque la proprietà smembrata che rientra nelle mani dell'antico proprietario. Ben altrimenti accade quando vi ha una vera risoluzione in forza d'una condizione risolutiva espressa o tacita. Essendo la vendita considerata come non mai esistita tutti i diritti reali stabiliti sulla cosa cadono per esser stati consentiti da colui che non è mai stato proprietario (2).

371. Questi principii sono generalmente ammessi e sono incontestabili. Tuttavia la giurisprudenza decide che la risoluzione volontaria produce lo stesso effetto della risoluzione pronunciata giudizialmente, in forza dell'art. 1184, quando le parti contraenti si trovano nella condizione prevista da questo articolo, vale a dire quando il compratore non paga il prezzo, o quando il venditore non adempie le sue obbligazioni. I motivi che danno le sentenze sono estremamente deboli. Essi si riducono a semplici affermazioni. Dopo aver determinato gli effetti della risoluzione giudiziale, la Corte di Bourges soggiunge. « Gli stessi effetti sono prodotti dalla risoluzione volontaria ». Ecco l'affermazione. E la prova? « Basta, dice la Corte, per la validità

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 326.
(2) DURANTON, t. XVI, p. 407, n. 387.

della risoluzione amichevole, che il consenso sia fondato sopra una causa necessaria e legittima ». Ecco un'altra affermazione che non è fondata nè sopra un testo nè sopra un principio. Il solo motivo che dà la sentenza è questo: « In caso di consenso, il ricorso all'autorità giudiziaria sarebbe puramente frustraneo » (1). L'azione giudiziaria non è frustranea, perchè richiesta dalla legge, e l'intervento dell'autorità giudiziaria non è inutile, perchè previene le frodi che le parti contraenti potrebbero così facilmente commettere a danno dei terzi che hanno acquistato diritti reali sulla cosa prima della risoluzione. Il ricorso è, più che utile, necessario: i principii lo esigono. Vi ha un fatto compiuto in forza del contratto che le parti vogliono risolvere. Hanno esse il potere di disfare ciò che è consumato? No. Se l'autorità giudiziaria può risolvere il contratto, è perchè la legge sottintende la condizione risolutiva. Ma la legge vuole che intervenga l'autorità giudiziaria per constatare l'inadempimento dell'obbligazione che rende il contratto risolubile, vale a dire per constatare che vi è stata realmente, all'atto del contratto, una convenzione tacita in forza della quale esso è risolto. Le parti non hanno che un mezzo per escludere l'intervento del giudice, scrivere nel loro contratto ch'esso sarà risolto senza che il giudice debba intervenire.

Quello che Troplong afferma in appoggio della giurisprudenza ci conferma nella nostra opinione. Perchè vi sia risoluzione retroattiva in forza del consenso delle parti, bisogna, si dice, che vi sia una causa necessaria e legittima, e non un semplice cambiamento di volontà, un puro capriccio. Ne concludiamo che l'autorità giudiziaria deve intervenire per constatare l'esistenza di questa causa necessaria e legittima. Se ci rimettiamo al consenso delle parti, come impedire ch'esse non coprano sotto pretesti il loro capriccio o la loro frode? Troplong confessa che è impossibile distinguere la risoluzione puramente volontaria da una risoluzione necessaria (2). Questa confessione condanna la dottrina consacrata dalla giurisprudenza, perchè l'art. 1184 non autorizza una risoluzione volontaria; esso non autorizza la risoluzione che quando vi ha una causa legittima e necessaria. È questa l'opinione della maggior parte degli scrittori.

372. Vi hanno cause di nullità o di risoluzione spiegate nel titolo della *Vendita*. Rimandiamo a quanto dicemmo intorno alla condizione risolutiva e a quanto scrivemmo sul diritto di riscatto e

---

(1) Bourges, 12 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 175). Nello stesso senso, Riom, 11 dicembre 1865 (DALLOZ, 1866, 2, 179).

(2) TROPLONG, p. 362, n. 691, secondo TOULLIER, t. VI, 2, p. 194, n. 195. In senso contrario, DUVERGIER, t. II, n. 5. CHAMPIONNIÈRE e RIGAUD, t. I, n. 331 e seg., p. 272.

rescissione per causa di lesione. L'art. 1658 soggiunge che la vendita può ancora essere annullata o risolta per le cause comuni a tutte le convenzioni. Ne abbiamo trattato al titolo delle *Obbligazioni*. Ne resta di dare qualche applicazione particolare alla vendita.

§ I. — *Della nullità della vendita.*

373. L'annullamento della vendita deve seguire per la totalità, o può farsi anche solo in parte? Bisogna applicare i principii che reggono l'indivisibilità. Disgraziatamente questi principii sono molto oscuri, e i tribunali ne fanno sovente una falsa applicazione. Siccome l'oggetto della vendita è di regola divisibile, ne risulta che la vendita può essere annullata in parte. È questa l'applicazione dell'art. 1217. L'art. 1218 prevede un'altra indivisibilità, quella che risulta dalla volontà delle parti contraenti. Quantunque l'oggetto dell'obbligazione sia divisibile per sua natura, se il rapporto sotto il quale esso è considerato dalle parti non rende l'obbligazione suscettibile d'esecuzione parziale, essa diviene indivisibile, perchè le parti hanno voluto così. Al titolo delle *Obbligazioni* abbiamo applicata tale disposizione alla vendita, constatando che i tribunali confondono l'indivisibilità d'obbligazione dell'articolo 1218 coll'indivisibilità di pagamento dell'art. 1220, n. 5, e confondono pure l'indivisibilità colla solidarietà (1). Ritroveremo la stessa confusione completando quanto ci rimane a dire su questa materia.

374. La Corte di cassazione ha stabilito il vero principio giudicando che la vendita non può essere indivisibile, quando l'oggetto è divisibile, se non in forza della volontà delle parti contraenti, come dice l'art. 1218. Una vendita comprende a un tempo mobili ed immobili. Per quanto concerne i mobili, la vendita è nulla in virtù d'una condizione potestativa stipulata dal venditore. Poteva la vendita essere annullata quanto ai mobili e mantenuta rispetto agli immobili? La vendita era certamente divisibile per sua natura, poichè concerneva oggetti diversi, e le parti avevano anche fissato un prezzo differente per i mobili e sugli immobili. Rimaneva a sapere quale fosse la volontà delle parti contraenti. La Corte d'Angers decise che la vendita doveva essere completamente annullata, perchè dall'insieme del contratto e delle stipulazioni risultava ch'esso costituiva un unico atto, il cui scopo evidente era di far passare nelle mani dei compratori la totalità dei valori mobiliari e immobiliari componenti l'attivo della comunione stabilita fra i coniugi ven-

(1) Vedi il vol. XVII dei miei *Principii*, nn. 377-379.

ditori. Sul ricorso, la sezione delle richieste pronunciò una sentenza di rigetto, meglio motivata che quella della Corte d'appello. La questione sta nel sapere, dice la Corte, se le parti hanno inteso che il contratto fosse indivisibile. Ora, spettava ai giudici del fatto ricercare, in base alle stipulazioni contenute nell'atto, quale sia stata, a questo riguardo, la comune intenzione delle parti, e quale fosse, giusta i termini dell'art. 1218, il rapporto sotto il quale esse avevano considerato l'oggetto della convenzione. Ora, la sentenza impugnata constatava che le parti avevano voluto fare una vendita unica e indivisibile d'oggetti mobiliari e immobiliari. Donde la conseguenza necessaria che la nullità della vendita dei mobili traeva con sè quella dell'alienazione degli immobili (1).

375. Una questione analoga si è presentata avanti la Corte d'Orléans. Uno zio vende ad un nipote ed a parecchie nipoti degli immobili e, inoltre, i suoi raccolti, tutto il danaro contante, i suoi crediti, i suoi effetti mobiliari, dietro corrispettivo di una rendita vitalizia di settecento lire, pagabile, dopo la propria morte, al suo figliuolo infermo di mente. L'atto recava che il tasso della rendita era fissato in considerazione dei mobili venduti. Il venditore si riservava l'usufrutto, e stipulava che conserverebbe il diritto di disporre dei mobili, e che i mobili che lascerebbe alla sua morte terrebbero luogo di quelli, compresi nella vendita, che fossero stati alienati. È stato giudicato che la vendita era nulla quanto ai mobili, siccome viziata da un patto successorio. La vendita degli immobili era valida. Donde la questione di sapere se la vendita era indivisibile o se poteva essere annullata parzialmente. La Corte giudicò che la vendita era indivisibile. Per mantenere la vendita quanto agli immobili, dice la sentenza, pur annullandola quanto ai mobili, bisognerebbe procedere ad una ventilazione fra il valore dei mobili e quello degli immobili, al qual fine si sarebbero resi indispensabili apprezzamenti arbitrarii ed anche impossibili stante il deprezzamento degli effetti mobiliari o la loro probabile scomparsa. Ecco un motivo completamente estraneo all'art. 1218. Esso non concerne le parti contraenti, ma solo i giudici. Ma la difficoltà che i giudici trovano nel fare una ventilazione prova forse che le parti hanno inteso stipulare una vendita divisibile? La domanda non ha senso. La Corte però ne conchiude che il prezzo è indivisibile e che, per conseguenza, lo è anche la vendita. Ora i convenuti avevano offerto alla Corte un mezzo semplicissimo di decidere la difficoltà quanto al prezzo. Essi consentivano a pagare la rendita integrale pur non conservando i mobili. Che risponde la Corte? Che il contratto era nullo fin da principio e che non

(1) Rigetto, 7 aprile 1858 (Dalloz, 1858, 1, 253).

poteva essere convalidato dal consenso dell'una delle parti. No, il contratto non era *nullo* per la totalità, esso era valido quanto agli immobili. La sentenza lo dichiara nettamente. La sola difficoltà era di fatto, l'impossibilità di fare una ventilazione; ma questa difficoltà non rendeva nullo il contratto, e spariva d'altronde per effetto del consenso che il compratore prestava a corrispondere la rendita. Soltanto l'intenzione delle parti può rendere un contratto indivisibile. Nella specie, il contratto era muto su questo punto, e la Corte non accenna menomamente alla volontà delle parti (1).

§ II. — *Della risoluzione della vendita.*

376. La vendita può essere risolta in forza d'una condizione risolutiva espressa o tacita. È raro che le parti subordinino la risoluzione ad una condizione causale espressa. Quando stipulano che le loro convenzioni saranno risolte, lo fanno di regola pel caso in cui una di esse non adempia alle sue obbligazioni. È quello che chiamasi patto commissorio, e questo patto non è, ordinariamente, che la riproduzione od una modificazione della condizione risolutiva tacita. L'art. 1184, che sottintende la condizione risolutiva nei contratti sinallagmatici, pel caso in cui una delle parti non adempia alla sua obbligazione, è fondata sulla volontà tacita delle parti contraenti. Ora, la volontà espressa prevale sempre sulla volontà tacita. Quando dunque le parti interessate hanno esse medesime regolato gli effetti dell'inadempimento delle obbligazioni assunte da una di loro, non si fa più luogo alla risoluzione in forza dell'art. 1184, ma debbono eseguirsi le convenzioni che esse abbiano stipulate (2).

377. La risoluzione del contratto per inadempimento delle obbligazioni deve essere pronunciata giudizialmente, a meno che le parti non abbiano stipulato il contrario. Esse possono convenire che la vendita sarà risolta per la loro sola volontà, quando una di esse non adempia le sue obbligazioni. Ma siccome si tratta di un'eccezione all'art. 1184, deve essere espressamente pattuito. Vi ha un solo caso, quello dell'art. 1657, nel quale la legge si appaga d'un consenso tacito. Vien stabilito un termine per il ritiro della cosa venduta. Il compratore non la ritira. Alla scadenza del termine, il venditore potrà disporre della cosa, poichè la vendita è risolta di pien diritto a suo vantaggio. Accadrebbe lo stesso se fosse fissato un termine per la consegna, e il venditore non consegnasse la cosa nel termine convenuto?

(1) Orléans, 24 maggio 1849 (DALLOZ, 1849, 2, 164). Cfr. il vol. XVI dei miei *Principii*, n. 86.
(2) Liegi, 2 febbraio 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 45).

La Corte di Rouen ha giudicato egregiamente non potere la vendita essere risolta di pien diritto che in forza della volontà espressa delle parti contraenti. Esse sono libere di stipulare il patto commissorio come meglio credono, ma se vogliono che la vendita sia risolta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, senza una intimazione nè una manifestazione qualunque di volontà, bisogna che lo dichiarino nel loro contratto. Gli è solo per eccezione che l'art. 1657 pronuncia la risoluzione, a profitto del venditore, unicamente perchè il compratore non ritira la cosa nel termine convenuto. Questa eccezione non può essere estesa al caso in cui il venditore non fa la consegna nel termine fissato. Bisogna, se tale è l'intenzione del compratore, ch'egli ne faccia oggetto d'una apposita stipulazione (1).

378. Abbiamo detto, al titolo delle *Obbligazioni,* che il giudice può pronunciare la risoluzione del contratto, in forza dell'art. 1184, senza che preventivamente il creditore abbia costituito il debitore in mora di adempiere le sue obbligazioni (v. XVII, n. 132). Vi hanno sentenze in senso contrario in materia di vendita. Lasciamo da parte quelle che non sono motivate (2) e rimandando il lettore a quanto abbiamo detto per giustificare la nostra opinione. La Corte di Douai, per tutto motivo, invoca la giurisprudenza della Corte di suprema. Ma non è questo un motivo di decidere. Noi non conosciamo altri motivi che la legge ed i principii che ne derivano. Ora, la sentenza della Corte di cassazione che si cita come indice della giurisprudenza non dice altro se non che la sentenza impugnata, giudicando che occorreva una costituzione in mora, non violava alcuna legge (3). Ecco che cosa diventa l'autorità della giurisprudenza quando la si esamina da vicino e quando, invece di citarla come si farebbe di un'autorità infallibile, le si chiede la ragione delle sue decisioni. Si invoca anche una sentenza di massima pronunciata dalla sezione civile. Essa decide, infatti, che le disposizioni degli articoli 1138 e 1139 sono generali, e che la necessità della costituzione in mora risulta dallo spirito stesso della legislazione (4). Che cosa dicono questi articoli? L'ultimo determina il modo di costituire il debitore in mora, e non riguarda la nostra opinione. Il primo tratta della questione dei rischi, e decide che il debitore sopporta i rischi quando è in mora. Ecco le due disposizioni che provano, secondo la Corte di cassazione, dovere ogni inadempimento d'una obbligazione essere constatato da una costituzione in mora. È assai palese che si attribuisce alla legge ciò che essa punto non dice. Pare a noi che l'articolo cui la Corte avrebbe

---

(1) Rouen, 23 maggio 1871 (Dalloz, 1873, 2, 203).
(2) Rennes, 20 febbraio 1815 (Dalloz, v. *Vente*, n. 682).
(3) Douai, 2 maggio 1843. Rigetto, 12 maggio 1834 (Dalloz, v. *Vente,* n. 1259).
(4) Rigetto, 22 aprile 1846 (Dalloz, 1854, 1, 423).

dovuto consultare sia quello che tratta della risoluzione per causa d'inadempimento delle obbligazioni. Ora, l'art. 1184 attribuisce al giudice il diritto di pronunciare la risoluzione del contratto, dal momento che una delle parti non adempie le sue obbligazioni, senza esigere che questa inesecuzione sia constatata dalla costituzione in mora del debitore. Ciò è decisivo. Senza dubbio, perchè il creditore possa domandare la risoluzione per causa d'inadempimento delle obbligazioni del debitore, bisogna che questi non le abbia eseguite, ma questo fatto non deve essere provato mediante una costituzione in mora.

Al titolo delle *Obbligazioni* abbiamo citato, in appoggio della nostra opinione, la giurisprudenza delle Corti del Belgio (v. XVII, n. 132). Posteriormente, la Corte di Bruxelles ha giudicato che la risoluzione della vendita non può essere domandata se non quando il debitore è stato costituito in mora (1). Ciò prova quanto la giurisprudenza sia incerta, e l'incertezza è inevitabile quando si abbandona il testo della legge.

Sezione II. — Del diritto di riscatto.

§ I. — *Carattere del riscatto.*

379. « Il diritto di *riscatto* ossia recupera è un patto col quale il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale, e il rimborso di cui è parola nell'art. 1673 » (art. 1659). Quale è lo scopo di questa clausola? Le condizioni della vendita lo fanno conoscere. Il proprietario vende per riscuotere il prezzo della cosa venduta, ma stipula nel tempo stesso che potrà riprendere la sua cosa restituendo il prezzo. Ciò dimostra ch'egli vende suo malgrado, perchè ha bisogno di denaro, ma spera di poter rimborsare la somma che riceve e di rientrare così nella proprietà della cosa che non ha alienato se non per necessità. Se il patto di riscatto nasconde un prestito, perchè le parti non ricorrono ad un procedimento più semplice, quello di un mutuo ipotecario? Sarebbe, infatti, pel mutuatario, la via la più diretta e più economica. Bisogna dunque supporre che sia il mutuante il quale esige una vendita colla clausola del riscatto. Essa gli offre una garanzia materiale, poichè diviene proprietario della cosa e ne conserva la proprietà se il mutuante non lo rimborsa, il che lo mette al coperto dalle difficoltà e dai rischi del prestito ipotecario. Non è sempre l'interesse legittimo del mutuante che spinge le parti a fare un prestito sotto forma di riscatto. Gli usurai si sono in ogni

---

(1) Bruxelles, 3 agosto 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 47).

tempo prevalsi di questa clausola per spogliare le loro vittime. Siamo stati testimoni, nella nostra giovinezza, di un simile procedimento che era divenuto la via regolare dell'usura. Il mutuante comperava per la metà del prezzo, il che lo metteva al coperto della rescissione per causa di lesione. Ricorreva poi a mille mezzi più o meno dolosi per porre il venditore nella impossibilità di esercitare il riscatto. Il termine fatale giungeva, e lo sventurato debitore si vedeva spogliato del fondo de' suoi antenati. Queste tenebrose macchinazioni della cupidigia non hanno più ragion d'essere quando la stipulazione del tasso dell'interesse è libera. Si è notato che i patti di riscatto non erano più usati quando il tasso dell'interesse era illimitato, ed è probabile che cadranno in dissuetudine sotto l'impero della nostra nuova legislazione, la quale, da una parte, dà piena garanzia ai creditori ipotecarii, e, d'altra parte, permette alle parti contraenti di stipulare un interesse proporzionato al valore del danaro ed ai rischi che corre il mutuante (1).

380. Quantunque lo scopo delle parti che stipulano il patto di riscatto sia di fare un bene, bisogna guardarsi dal conchiuderne che il riscatto e il prestito siano retti dagli stessi principii. Vi ha una differenza essenziale fra la vendita con diritto di riscatto e il prestito. La vendita trasferisce nel compratore la proprietà della cosa venduta, e così pure i rischi. Se dunque la cosa diminuisce di valore, o perisce, la perdita sta a carico del compratore. Il venditore non è più debitore, mentre il prestito costituisce debitore il mutuatario, il quale resta debitore anche quando avesse dato una cosa in pegno ed essa venisse a perire o a deteriorarsi. Vi hanno altre differenze che è inutile rilevare (2).

L'analogia dello scopo fra i due atti giuridici dà luogo ad una difficoltà. A termini degli articoli 2078 e 2088, il creditore non può, in mancanza di pagamento, disporre del pegno mobiliare o immobiliare, salvo a far ordinare giudizialmente che il pegno gli rimarrà in pagamento fino alla debita concorrenza, in base ad una stima fatta da periti, o che sarà venduto all'incanto. Ogni clausola che autorizzasse il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza queste formalità è nulla. Questa convenzione, vietata in causa del pericolo dell'usura, è quella che chiamasi *contratto pignoratizio*. La cupidigia è abile nel frodare la legge. Non potendo apertamente fare un contratto pignoratizio, gli usurai ne stipulano uno larvato sotto la forma d'una vendita con diritto di riscatto (3). S'intende bene che una convenzione fatta in frode della legge è nulla. Ritorneremo su questo punto al titolo del *Pegno*.

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 17, n. 11. TROPLONG, p. 363, n. 692.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 129, n. 104 *bis* II.
(3) DURANTON, t. XVI, p. 413, nn. 391 e 392.

381. Tutti gli scrittori osservano che la parola *riscatto* o *recupera* è inesatta. Essa suppone che il venditore *riscatti* la cosa, il che costituirebbe una seconda vendita, mentre l'esercizio del diritto di riscatto opera la risoluzione della vendita e la vendita risolta si considera come non fosse mai esistita. Che tale sia il carattere del riscatto, non vi ha dubbio, poichè la legge lo dice. L'art. 1658 dispone che il contratto di vendita può essere *sciolto* mediante l'esercizio del diritto di riscatto. L'art. 1659, che usa la espressione impropria di *riscatto* o *recupera,* non dice però che il venditore si riservi di *riscattare* la cosa venduta, ma di *riprenderla,* il che suppone la risoluzione della vendita, perchè il rivenditore riprende la cosa in virtù del patto, mentre, se *riscattasse,* non potrebbe acquistarla che in forza d'un nuovo contratto. Infine l'art. 1673 prova che il riscatto opera risoluzione della vendita. Qual'è l'effetto più considerevole della risoluzione? I diritti consentiti dal compratore sono risolti quando è risolto il diritto suo proprio. E una conseguenza del principio che la condizione risolutiva, quando si compie, rimette le cose nel medesimo stato come se l'obbligazione non fosse mai esistita (art. 1183). Ebbene, tale è anche l'effetto del patto di riscatto. Tutti i pesi e le ipoteche di cui il compratore aveva gravato la cosa cadono col diritto del compratore. Vi ha dunque risoluzione. Gli è solo per eccezione che le locazioni fatte dall'acquirente sono mantenute. Fu necessaria all'uopo una disposizione formale della legge (1).

Che cosa è dunque il patto di riscatto? È una vendita fatta sotto condizione risolutiva. Questa condizione è espressa, poichè stipulata nel contratto. È dunque una condizione risolutiva espressa. Non vi ha che questa differenza tra la facoltà di riscatto e la condizione risolutiva causale, che è potestativa, poichè dipende dal venditore di non usare del patto, ma, salvo questa differenza, si applicano alla vendita fatta con clausola di riscatto i principii che reggono la condizione risolutiva espressa. Il principio è incontestabile, poichè risulta dal testo della legge (2). Però, nell'applicazione, vi si deroga. Rimane a sapere se queste derogazioni siano fondate. Noi non ammettiamo altre deroghe che quelle stabilite dalla legge o stipulate dalle parti contraenti. È questo il diritto comune che governa il rapporto fra la regola e l'eccezione. La regola rimane applicabile in quanto non vi si sia derogato.

382. Da questo principio risulta una prima conseguenza sulla quale non vi ha alcun dubbio. L'art. 1659 dice che il venditore

---

(1) La parola viene dal diritto romano, nel quale il patto non aveva il carattere d'una condizione risolutiva (RAMUR, *Istituzioni*, t. II, p. 23, § 372, della 2.ª ediz.).
(2) È l'opinione di tutti (AUBRY e RAU, t. IV, p. 407, nota 1, § 357).

si *riserva* di riprendere la cosa. Quando deve egli stipulare questa riserva? Naturalmente nel contratto, poichè il contratto si fa sotto condizione risolutiva. Il patto non potrebbe essere convenuto dopo che la vendita ha ricevuto il suo perfezionamento col consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo, perchè da quel punto il compratore è divenuto proprietario irrevocabile. A dir vero, nulla impedisce alle parti di convenire che il venditore avrà diritto di riprendere la cosa nel termine fissato restituendo il prezzo, ma questa convenzione non sarebbe un patto di riscatto che in apparenza. In realtà, il compratore, divenuto proprietario, promette di rivendere la cosa, e il venditore accetta questa promessa. Trattasi dunque di una promessa unilaterale di vendita. Se, prima che spiri il termine, il venditore consente a comperare, si formerà una seconda vendita, mentre il patto di riscatto, quando è esercitato, risolve la vendita, di modo che non vi è mai stato contratto (1). Quando vi ha patto di riscatto tutti i diritti consentiti dal compratore sulla cosa sono risolti colla risoluzione della vendita. Quando vi ha promessa di rivendita posteriormente al contratto, tutti questi diritti sussistono, quand'anche la promessa si realizzasse, perchè la rivendita non offende menomamente i diritti che gravano la cosa. La proprietà è smembrata, ed è rivenduta nello stato in cui si trova (2).

383. Il diritto di riscatto può essere stipulato nelle vendite mobiliari? L'affermativa è insegnata dagli scrittori e consacrata dalla giurisprudenza (3). Si obbietta il testo dell'art. 1673, che regola le condizioni del riscatto. Vi si parla del venditore che rientra nel suo *fondo,* il che suppone una vendita immobiliare. La stessa parola si trova negli articoli 1667-1671. Ma queste disposizioni non fanno che regolare l'esercizio del diritto. L'art. 1659, che stabilisce il principio, si vale dell'espressione *cosa venduta,* la più generica che il legislatore abbia potuto adoperare. Se parecchi articoli suppongono che il patto è stipulato in una vendita immobiliare, ciò avviene perchè tale è il caso ordinario. Il patto di riscatto non ha la stessa utilità nelle vendite mobiliari, poichè il venditore, esercitando il suo diritto, non potrebbe rivendicare la cosa contro i terzi possessori di buona fede. In diritto, la questione non è dubbia. La legge non aveva nemmeno bisogno di dare alle parti la facoltà di stipulare il riscatto: esse lo hanno in forza dei principii generali che permettono loro di fare convenzioni sotto condizione risolutiva. Come dice benissimo la Corte di Parigi, il patto è consentito per ciò solo che non ha nulla di contrario all'ordine pubblico nè ai buoni costumi (4).

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 412, n. 390, e tutti gli autori.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 132, n. 104 *bis*.
(3) DURANTON, t. XVI, p. 413, n. 391, e tutti gli autori.
(4) Parigi, 16 luglio 1836 (DALLOZ, v. *Vente*, n.° 1452). Liegi, 7 dicembre 1826 *Pasicrisie*, 1826, p. 309).

384. « Il diritto di riscatto non può stipularsi per un tempo maggiore di cinque anni » (art. 1660). Nell'antico diritto, la prescrizione era di trent'anni, il che è perfettamente giuridico. La facoltà di riscatto è una condizione risolutiva, e, per principio, la durata della condizione come tutti gli elementi che la costituiscono dipendono dalla volontà delle parti contraenti. Il diritto del venditore, anzichè essere avversato, dev'esser visto con favore, poichè il più delle volte egli è la vittima dell'usura. Per qual motivo gli autori del codice hanno derogato al diritto comune e si sono pronunciati contro il venditore? « Il bene pubblico, dice Portalis, non comporta che si prolunghi troppo una incertezza che non può se non nuocere alla coltura e al commercio ». Grenier dice egualmente che « l'interesse pubblico s'oppone a che le proprietà restino per lungo tempo incerte e dubbie ». Nulla di più vero, ma questo motivo non s'applica solamente al riscatto. Si può dire altrettanto di ogni altra condizione risolutiva. Eppure lo stesso legislatore permette di domandare la risoluzione della vendita durante trent'anni quando la condizione risolutiva è tacita. E questa stessa prescrizione è ammessa riguardo all'azione di revoca delle donazioni per inadempimento degli oneri o per sopravvenienza di figli. Non vi è dunque armonia nella legge. Ora essa subordina l'interesse delle parti all'interesse generale, ora subordina l'interesse pubblico alla libertà delle parti contraenti (1).

Il termine di cinque anni essendo considerato come d'ordine pubblico, la legge decide che se il diritto di riscatto è stato stipulato per un tempo maggiore, deve essere ridotto al termine predetto. Il codice non prevede il caso in cui le parti non abbiano stipulato alcun termine. Si ritiene allora ch'esse ammettano il termine più lungo, quello di cinque anni. Infatti, le parti contraenti possono sempre rimettersi al codice per quanto concerne l'effetto delle loro convenzioni; esse non sono tenute a trascrivere le disposizioni della legge. Basta che stipulino il riscatto perchè la loro convenzione sia regolata dai principii stabiliti dal codice. È sottinteso che le parti possono derogare all'art. 1660 convenendo un termine meno lungo per l'esercizio del riscatto. Questa derogazione va favorita, poichè diminuisce l'incertezza della proprietà (2).

385. « Il termine fissato è perentorio e non può essere prorogato dal giudice » (art. 1661). È questa ancora una deroga all'antico diritto che permetteva al giudice d'accordare al venditore una dilazione di favore per considerazioni d'umanità. Nel nostro diritto moderno, i giudici non possono derogare alle convenzioni delle parti. Le convenzioni sono una legge per essi come pei contraenti. La disposizione dell'art. 1661 era dunque inu-

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 30, n. 19. TROPLONG, p. 368, n. 708.
(2) DUVERGIER, t. II, p. 33, n. 21. DURANTON, t. XVI, p. 415, n. 395.

tile, perchè di diritto. Vietando al giudice di prorogare il termine, il codice intende accordare questo diritto alle parti? Bisogna distinguere diverse ipotesi.

Il termine fissato dal contratto è spirato. Le parti convengono di prorogarlo. Questa convenzione è valida, e quale ne è l'effetto? Quando sia spirato il termine entro cui deve esercitarsi il riscatto, la condizione risolutiva manca e, per conseguenza, il diritto del compratore diviene irrevocabile. È quello che dice l'art. 1662, il quale non è se non l'applicazione del diritto comune. Non può dunque più trattarsi di prorogare il termine, nel senso che il diritto del compratore sia sempre risolubile. Vi ha un fatto compiuto, la traslazione della proprietà, e le parti non possono far sì che la proprietà non sia stata trasmessa. Si legge in una sentenza della Corte di Parigi, che il compratore può rinunciare al suo diritto (1). È vero, nel senso ch'egli può consentire a che il venditore riscatti la cosa restituendo il prezzo, ma sarà una nuova convenzione, che non avrà alcun effetto sul passato, perchè il passato sfugge alle convenzioni delle parti, non potendo esse stipulare che per l'avvenire. Che cosa è dunque questa rinuncia? Una promessa di rivendita consentita dal compratore e accettata dal venditore. Abbiamo già detto qual sia l'effetto d'una simile promessa (n. 382). Questa promessa di vendita è perfettamente valida. La Corte di Lione ha avuto torto di giudicare il contrario (2). Ma una promessa unilaterale di vendita non ha nulla di comune col diritto di riscatto.

Se il termine fissato dal contratto non è spirato, possono le parti prorogarlo? Vi ha un caso nel quale la soluzione non è dubbia. Il riscatto vien stipulato per cinque anni. Prima che spiri il termine, le parti lo prorogano di un anno. È stato giudicato che questa convenzione è nulla (3). Infatti, essa viola l'art. 1660, il quale proibisce di stipulare un termine superiore ai cinque anni. La legge dunque proibisce anche di stipulare termini successivi che potrebbero prolungare indefinitamente l'esercizio del riscatto. La Corte di Bordeaux, che ha giudicato così, ha avuto torto di soggiungere che il compratore può accordare un nuovo termine quando il primo è spirato. Abbiamo detto che questa pretesa rinuncia non sarebbe un patto di riscatto, ma una promessa di vendita.

Rimane un'ultima ipotesi. La convenzione fissa il termine a due anni. Possono le parti, prima che il termine sia spirato, prorogarlo fino a cinque anni? Si ammette generalmente la validità di questa convenzione, ben inteso fra le parti e senza pregiu-

---

(1) Parigi, 5 luglio 1834 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1491, 1.°).
(2) Lione, 27 giugno 1832 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1491, 2.°).
(3) Bordeaux, 13 giugno 1849 (DALLOZ, 1850, 2, 17). In senso contrario, DURANTON (t. XVI, p. 416, n. 398), che si inganna (DUVERGIER, t. II, p. 39, n. 26).

dizio del diritto dei terzi. Le parti avrebbero potuto, fin da principio, stipulare un termine di cinque anni per l'esercizio del riscatto. Esse devono avere il diritto, finchè la prima convenzione non ha prodotto alcun effetto, di prorogare il termine. In questo caso si può dire che nulla impedisce al compratore di rinunciare al suo diritto. Egli poteva divenire proprietario irrevocabile dopo due anni, ma è libero di rinunciare a questo diritto, consentendo a non divenir proprietario definitivo che dopo cinque anni. Ma questa convenzione non può recar pregiudizio ai terzi, perchè, se possiamo rinunciare ai nostri diritti, non ci è permesso di rinunciare ai diritti acquistati dai terzi. Se dunque il compratore avesse consentito un'ipoteca prima della proroga del termine fissato originariamente a due anni, questa ipoteca diverrebbe irrevocabile allo spirare del termine del biennio, perchè è stata stipulata sotto questa condizione (1). Ne risulta che la proroga del termine non è un vero patto di riscatto. La vendita sarà risolta fra le parti allo spirare del termine prorogato, ma i diritti consentiti prima della proroga sussisteranno tuttavia (2).

386. « Il termine decorre contro qualunque persona, ancorchè minore di età, salvo il regresso, se vi sia luogo, contro chi di ragione » (art. 1663). A termini dell'art. 2278, le brevi prescrizioni decorrono, in generale, contro i minori e gli interdetti, salvo il regresso contro i loro tutori. Nella specie, vi ha un motivo di più per far decorrere il termine contro gli incapaci, ed è ch'esso è stato limitato a un tempo brevissimo per considerazioni d'interesse pubblico, e il diritto della società prevale al diritto degli incapaci.

387. Come si calcola il termine? La questione è importantissima, poichè il termine è perentorio e importa decadenza del diritto di riscatto. Vi hanno, riguardo al computo dei termini, due regole tradizionali che si applicano in tutti i casi in cui non vi è derogato dalla legge o dalle convenzioni delle parti interessate. Non si comprende nel termine il giorno nel quale ha cominciato a decorrere (il *dies a quo*), mentre vi si comprende l'ultimo giorno del termine (il *dies ad quem*). Questo modo di calcolo è razionale. Il termine deve essere completo. Ora, il primo giorno, quello della convenzione, è necessariamente incompleto, e quindi si deve escluderlo, mentre l'ultimo giorno deve profittare intieramente a colui che ha stipulato il termine, altrimenti non ne godrebbe nella totalità (3). La giurisprudenza ha applicato questo principio al termine del riscatto. Ne risulta che la facoltà accordata per due anni, il 1.° maggio 1875, può ancora essere esercitata il 1.° maggio 1877, ma alla fine di questo giorno il termine spira (4).

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 40, n. 26. DURANTON, t. XVI, p. 417, n. 399.
(2) Cfr. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 133, n. 107 *bis* II.
(3) TOULLIER, t. VII, p. 47, n. 52 e seg.
(4) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1484-1488.

§ II. — *Dell'effetto del patto di riscatto durante la sospensione della condizione.*

N. 1. — Diritti del compratore.

388. La vendita fatta con clausola di riscatto è una vendita sotto condizione risolutiva. Bisogna dunque applicare i principii che governano questa condizione. Noi li abbiamo esposti al titolo delle *Obbligazioni*. La condizione risolutiva non rende il contratto condizionale. Il contratto è puro e semplice; soltanto la sua risoluzione è sospesa. Ne consegue che la vendita sotto patto di riscatto produce gli effetti d'una vendita pura e semplice finchè la condizione del riscatto si trova in sospeso. Il compratore diviene proprietario, e può esercitare tutti i diritti inerenti alla proprietà. Egli può alienare, ipotecare, concedere diritti reali, ben inteso che tutti gli atti di disposizioni da lui posti in essere sono colpiti dalla condizione risolutiva, poichè egli non può concedere a terzi diritti più estesi di quelli che gli appartengono. Se l'immobile venduto con clausola di riscatto è gravato di privilegi e d'ipoteche, il compratore può cancellarle, adempiendo le formalità prescritte per la purgazione. Egli potrebbe ancora, in virtù della nostra nuova legge ipotecaria, liberare l'immobile dall'azione di risoluzione che spetta al venditore non soddisfatto. Ritorneremo su questo punto al titolo delle *Ipoteche* (1).

389. L'art. 1665 contiene un'applicazione di questi principii. Esso è così concepito: « Il compratore col patto di riscatto esercita tutte le ragioni del suo venditore. Egli può usare della prescrizione tanto contro il vero proprietario quanto contro coloro che pretendessero di avere ragioni od ipoteche sopra la cosa venduta ». Dicendo che il compratore esercita tutte le ragioni del suo venditore, la legge non intende dire che il venditore non conservi alcun diritto sulla cosa. Ritorneremo su questo punto. La legge vuol significare semplicemente che il venditore trasferisce nel compratore i diritti che gli spettano sulla cosa venduta. Se è proprietario, trasferisce all'acquirente la proprietà. Se non lo è, trasmette all'acquirente il possesso e un titolo, che possono servir di base all'usucapione, se il compratore è in buona fede. Quando il venditore avesse cominciato a prescrivere, il compratore può continuare la prescrizione. È questo il diritto comune. E il compratore col patto di riscatto può invocarlo, poichè non è un possessore precario. Egli acquista per divenire proprietario e quindi possiede a titolo di proprietà. Egli può anche usucapire la libertà del fondo contro i terzi che pretendessero

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 59, n. 31. AUBRY e RAU, t. IV, p. 411, nota 16, § 357.

avervi delle servitù. L'art. 1665 soggiunge « o ipoteche ». Su questo punto la nostra legge ipotecaria ha derogato al diritto comune, nel senso che le ipoteche non si estinguono più coll'usucapione, ma soltanto colla prescrizione di trent'anni. Riparleremo di questa innovazione al titolo delle *Ipoteche*.

Gli effetti della prescrizione sono semplicissimi quando il venditore non esercita il riscatto. Il compratore ha, in questo caso, compito la prescrizione per suo conto. Ma che avverrà se il venditore usa del suo diritto? Il compratore è considerato, in questo caso, come se non fosse mai stato proprietario, e tutti gli atti da lui posti in essere sono risolti. Accadrà ugualmente del possesso? Si dovrà considerarlo come non avvenuto, o potrà il venditore invocarlo? Si ammette che il venditore può aggiungere il possesso del compratore al suo, ma la difficoltà consiste nello stabilire il principio sul quale si fonda questa continuazione di possesso. Ecco come si ragiona. Il compratore, di fatto, ha posseduto. Il venditore non prende dunque un possesso vacante, ma succede al possesso che il compratore ha avuto in forza del contratto e che deve rendere al venditore. In questo senso, il compratore è autore del venditore e, per conseguenza, sarà applicabile l'art. 2235, secondo il quale ciascuno può aggiungere al suo possesso quello del proprio autore (1). Questa argomentazione ci sembra più sottile che vera. La condizione risolutiva, quando si verifica, distrugge il diritto che il compratore derivava dal suo contratto. Su ciò non vi è dubbio quanto alla proprietà. Il venditore non è avente causa del compratore quando rientra nel suo diritto poichè si ritiene ch'egli sia stato proprietario sempre. Adunque il compratore non lo fu mai, e quindi non ha mai potuto possedere a titolo di proprietario, perchè il suo titolo è distrutto come se non fosse mai esistito, e il suo possesso non ha altro valore che quello di un puro fatto. Non si potrebbe stabilire il diritto del venditore sull'effetto medesimo che produce la risoluzione? Essa rimette le cose nello stato in cui erano prima del contratto. Proprietario fu dunque sempre il venditore, e se il compratore ha posseduto, non può aver posseduto che pel venditore nello stesso modo che il conduttore possiede pel locatore. Il venditore ebbe dunque il possesso come ha avuto la proprietà. È questa la conseguenza logica della risoluzione. Egli non ha bisogno di aggiungere il possesso del compratore al suo, il che giuridicamente non può farsi, ma invoca il suo proprio diritto.

390. « Il compratore può opporre il beneficio della esclusione ai creditori del suo venditore » (art. 1666). Secondo l'art. 2170, il terzo possessore escusso da un creditore ipotecario gode del beneficio dell'escussione, vale a dire può opporsi alla vendita dell'immobile che gli fu trasmesso, se rimangono altri

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 139, n. 111 *bis* III.

immobili ipotecati pel medesimo debito in possesso del principale obbligato, e chiedere che siano prima escussi questi. Durante l'escussione, si soprassiede alla vendita del fondo ipotecato. L'art. 1666 accorda questo beneficio al compratore che ha acquistato l'immobile con clausola di riscatto. Era inutile dirlo, poichè il compratore esercita tutti i diritti del proprietario. Questa disposizione è abrogata dalla nostra legge ipotecaria, la quale non ha conservato il beneficio della escussione. Ne diremo i motivi al titolo delle *Ipoteche*.

L'articolo 1666 trova pure un'altra applicazione. Supponiamo che i creditori del venditore esercitino il riscatto contro l'acquirente. È il loro diritto in forza dell'art. 1166. Il compratore può, in questo caso, opporre loro il beneficio dell'escussione? Lo si ammette. Il testo, infatti, non parla soltanto dei creditori ipotecarii, ma invece dei *creditori del venditore*, e quindi, dal momento che i creditori del venditore agiscono contro l'acquirente, questi può invocare il beneficio dell'escussione. Questa disposizione è perfettamente razionale. Che cosa vogliono i creditori? Conseguire il pagamento loro dovuto. Ora, se il venditore ha ancora dei beni, è giusto che si escutano prima di procedere contro il compratore. L'interesse generale è in armonia coll'interesse del compratore. La legge desidera la stabilità delle proprietà, e quindi bisogna lasciare all'acquirente la proprietà della cosa se il venditore ha altri beni che i suoi creditori possono esecutare (1).

391. L'articolo 1751 contiene un'eccezione ai principii fin qui stabiliti. Secondo l'art. 1743, il compratore può espellere l'affittuario che non abbia una scrittura di data certa. L'articolo 1751 dispone che questo diritto non può essere esercitato dal compratore con patto di riscatto fino a che, collo spirare del termine fissato per la recupera, egli non divenga irrevocabilmente proprietario. Ritorneremo su questo punto al titolo della *Locazione*.

N. 2. — Diritti del venditore.

392. Ha il venditore un diritto sulla cosa finchè la condizione è sospesa? Se si decide la questione secondo i principii che governano la condizione risolutiva, la soluzione non è dubbia. La condizione risolutiva implica una condizione sospensiva. Ogni condizione, a dir vero, è sospensiva. Nel contratto fatto sotto condizione sospensiva l'esistenza, o almeno gli effetti del contratto sono sospesi. Nel contratto stipulato sotto condizione risolutiva rimane in sospeso la risoluzione. Ne deriva

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 141, n. 112 *bis*. MOURLON, t. II, p. 261, n. 644.

che se il contratto ha per oggetto la traslazione della proprietà, l'acquirente diviene proprietario sotto la condizione sospensiva della restituzione, e quindi è debitore della cosa sotto condizione sospensiva. Donde la conseguenza che il venditore è creditore sotto questa stessa condizione, vale a dire ch'egli ha un diritto condizionale sulla cosa se la condizione risolutiva si compie. Questo diritto condizionale è una proprietà condizionata. Essendo proprietario *sub conditione* il venditore può fare atti di disposizione, alienare, ipotecare, salvo che tutti questi atti saranno affetti dalla medesima condizione. Così l'alienazione, l'ipoteca non esisteranno se non quando la condizione sospensiva si verifichi, mentre, se vien meno, ogni atto sarà posto nel nulla. L'art. 2125 consacra questo principio riguardo all'ipoteca, e quel che è vero dell'ipoteca è vero di ogni altra concessione di diritti reali.

Questi principii si applicano al diritto di riscatto? La maggior parte degli scrittori si pronunciano per l'affermativa (1), mentre la giurisprudenza francese ha consacrato l'opinione contraria. Noi non esitiamo a seguire la dottrina (2). La difficoltà si riduce a sapere se la vendita con patto di riscatto sia sottoposta a condizione risolutiva. Ora, la legge stessa lo dice (n. 317), e quindi bisogna applicare i principii che governano la condizione risolutiva, a meno che la natura speciale della clausola di riscatto non deroghi al diritto comune. Così, infatti, si pretende da taluni. Il venditore, dicono costoro, si spoglia completamente del suo diritto di proprietà, e non conserva che la possibilità di ricuperarlo esercitando il riscatto (3). Senza dubbio egli si spoglia della proprietà, poichè la trasmette al compratore, come se la vendita fosse pura e semplice. È quanto avviene di tutti i contratti stipulati sotto condizione risolutiva. Ma la trasmissione è affetta da una condizione risolutiva, e ogni condizione risolutiva implica una condizione sospensiva: perciò il venditore conserva un diritto condizionale sulla cosa. Lo si nega. Sentiamo la Corte di cassazione, poichè è al supremo magistrato che i nostri avversarii si riferiscono. La Corte non contesta menomamente che il diritto di riscatto sia una condizione risolutiva, e non dice che questa specie di risoluzione sia retta da principii speciali. La sua dottrina è generale e si applica a qualunque convenzione fatta sotto condizione risolutiva. « Ogni condizione risolutiva, dice la Corte, suppone necessariamente un contratto perfetto, e che solo può essere un giorno annullato in conse-

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 54, n. 29, e tutti gli autori, salvo AUBRY e RAU e GRENIER (vedi le citazioni nel *Repertorio* di DALLOZ, 1873, 1, 321, nota).

(2) La giurisprudenza delle Corti del Belgio è conforme all'opinione degli autori. Bruxelles, 10 novembre 1815, e rigetto, Camera di cassazione, 15 giugno 1818 (*Pasicrisie*, 1815, p. 519, e 1818, p. 123). Liegi, 24 febbraio 1817 (*Pasicrisie*, 1817, pagina 336).

(3) AUBRY e RAU, t. II, p. 304 (4.ª ediz.), nota 68, § 209.

guenza dell'avvenimento preveduto nella clausola ». Applicando questi principii alla vendita con patto di riscatto, la sentenza continua e dice: « È contrario all'essenza del contratto di vendita che il venditore ritenga la proprietà. La facoltà medesima ch'egli si riserva di ricuperare questa proprietà suppone necessariamente ch'egli l'aveva perduta ». Questi principii, dice la Corte, sono incontestabili. Ma nel modo ch'essa li intende sono, al contrario, assai controvertibili. Duvergier li combatte, e, con lui, la maggior parte degli scrittori. Il venditore con patto di riscatto non ritiene la proprietà, nel senso che la trasmette al compratore, ma la trasferisce affetta da una condizione risolutiva, che implica per lui il diritto condizionale di rientrare nella proprietà. Questo diritto dimostra ch'egli non l'aveva perduta irrevocabilmente. Egli la riprende, dice l'art. 1659, e la riprende in forza d'un diritto preesistente, d'un diritto con dizionale. Si insiste e si sostiene che questo diritto non è un diritto dipendente da una condizione sospensiva. Infatti, quando la condizione fallisce, il contratto è considerato come non mai esistito, mentre quando il riscatto non vien esercitato non si reputa già che la clausola non sia stata mai stipulata, ma la si considera come una semplice decadenza (1). Ecco un'altra affermazione. Su che si fonda? Sopra un testo? Altro non ve n'ha all'infuori dell'art. 1662 e che dice esso? Che se il venditore non esercita il suo diritto, il compratore rimane proprietario irrevocabile. È questo appunto l'effetto di ogni condizione risolutiva quando vien meno. Il diritto del compratore non può più essere risolto, esso diviene irrevocabile. Il venditore non ha più alcun diritto, come se il patto non fosse stato stipulato.

393. I due contrarii principii conducono naturalmente a conseguenze diverse. Se si nega che il venditore abbia un diritto condizionale sulla cosa, ne risulta che non può concedere alcuna ipoteca sull'immobile. Egli non ha che un diritto di credito, un *jus ad rem,* e questo diritto non può essere ipotecato (2). Secondo l'opinione che insegna la dottrina, il venditore, proprietario sotto condizione sospensiva, può ipotecare l'immobile, conformemente all'art. 2125. L'ipoteca sarà valida se la condizione si verifica, vale a dire se il venditore esercita il riscatto; cadrà se la condizione manca, vale a dire se il venditore non usa del suo patto. Quest'ultima opinione è in armonia coi principii che reggono le condizioni e, per conseguenza il diritto di riscatto. Supponiamo che il compratore

---

(1) Rigetto, 21 dicembre 1825 (DALLOZ, v. *Priviléges*, n. 1199). Cfr., nello stesso senso, una dissertazione inserita nella *Raccolta periodica* di DALLOZ, 1873, 1, 321.

(2) Bordeaux, 5 gennaio 1833 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 463, 2.°). Parigi, 12 agosto 1871 (DALLOZ, 1873, 2, 133). In senso contrario, le sentenze delle Corti del Belgio, citate, p. 291, nota 2.

ipotechi il fondo. Egli ne ha il diritto, ma l'ipoteca sarà affetta da una condizione risolutiva. Anche l'ipoteca consentita dal venditore è valida, ma è affetta da una condizione sospensiva. Vi ha contraddizione in ciò? No, perchè il venditore e il compratore agiscono in virtù d'un diritto diverso ch'essi hanno sull'immobile. L'avvenimento della condizione deciderà quale dei due è proprietario. Se il venditore non usa del diritto di riscatto, la condizione alla quale era subordinato il suo diritto, e, per conseguenza, l'ipoteca che ha consentito, manca, e l'ipoteca cade. Al contrario, quella che il compratore ha concesso sussiste, perchè egli è stato proprietario irrevocabile a partire dalla vendita. Se il venditore esercita il riscatto, la condizione alla quale erano subordinati il suo diritto e l'ipoteca da lui consentita si realizza. L'ipoteca sussiste, perchè è concessa da colui che è sempre stato proprietario, mentre l'ipoteca stabilita dal compratore cadrà, perchè è stata consentita da chi si ritiene non aver mai avuto alcun diritto sulla cosa. Non è logico, razionale, che l'ipoteca stabilita dal venditore sia mantenuta, quando, in conseguenza del riscatto, egli è considerato come se non avesse mai cessato di essere proprietario? Secondo l'opinione consacrata dalla giurisprudenza si viene, al contrario, a questa conseguenza per lo meno strana, che, durante il termine del riscatto, l'immobile non può essere ipotecato, quando il riscatto è esercitato. Il compratore non può ipotecarlo, poichè non ha mai avuto alcun diritto sulla cosa. Dal canto suo, il venditore non può farlo, poichè non aveva più alcun diritto di proprietà sulla cosa al momento in cui ha consentito l'ipoteca. L'immobile sarà dunque fuori di commercio per cinque anni!

394. Lo stesso dissenso esiste per l'alienazione. Secondo il sistema della dottrina, si applica all'alienazione quanto abbiamo detto dell'ipoteca. È logico se si ammette che il venditore ha un diritto condizionale sulla cosa Secondo il sistema della giurisprudenza, si decide che il venditore non può alienare, e si mantiene tuttavia la vendita, interpretandola come se il venditore avesse ceduto il suo diritto di riscatto. Perchè il venditore non può alienare? Perchè il compratore è proprietario. Il venditore con patto di riscatto che alienasse la cosa venderebbe dunque quanto non gli appartiene. Si tratterebbe della vendita di altrui, dice la Corte d'Amiens. La Corte non ammette che la convenzione sia valida nemmeno come cessione del diritto di riscatto, perchè, essa dice, le parti hanno voluto vendere e comperare la cosa, il che era loro vietato, e non hanno inteso fare una cessione, il che sarebbe stato valido. Esse hanno dunque fatto ciò che era loro proibito e non hanno fatto ciò ch'era loro permesso. Sul ricorso intervenne una sentenza di rigetto (1).

(1) Rigetto, 4 agosto 1824 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1463, 1.°).

È vero il dire che il venditore con patto di riscatto che aliena vende la cosa altrui? Egli vende un diritto condizionale. Se la condizione non si verifica, la vendita cade, se la condizione si realizza, il venditore è considerato come se fosse sempre stato proprietario della cosa. E come mai una vendita fatta da chi non ha mai cessato d'essere proprietario sarebbe la vendita della cosa altrui? La Corte d'Amiens dice che la cessione del diritto di riscatto sarebbe valida, mentre la vendita della cosa sarebbe nulla. In realtà, la vendita d'una cosa che è già stata venduta con clausola di riscatto non è altro che la vendita del relativo diritto, vale a dire la cessione d'un diritto condizionale in forza del quale il venditore rientrerà nella proprietà della cosa, se la condizione si verifica. Chi acquista la cosa acquista dunque il diritto di ottenere la proprietà di questa cosa mediante l'adempimento della condizione. È quello che ha deciso da ultimo la giurisprudenza. Pur considerando come nulla la vendita fatta dal venditore con patto di riscatto, essa la convalida, assimilandola ad una cessione del diritto di riscatto. Così la Corte di Parigi ha giudicato che la vendita consentita dal venditore con riscatto non è la vendita della cosa altrui, che si può mantenerla, considerandola come cessione del diritto di riscatto, e la Corte di cassazione ha confermato questa decisione con una sentenza di rigetto (1). A nostro avviso, la giurisprudenza consacra una contraddizione. Se la vendita fatta dal venditore con riscatto vale come cessione del diritto di riscatto, non si può dire che sia nulla. E se vale come cessione del diritto di riscatto, essa trasmette nel compratore un diritto del venditore, in forza del quale egli diverrà proprietario quando la condizione si realizzerà, e sarà proprietario a partire dalla vendita, poichè la condizione retroagisce. Dunque, cedere il diritto di riscatto vuol dire precisamente vendere la cosa, ma si tratta di una vendita condizionale. È dunque contradditorio negare il diritto del venditore sulla cosa, e attribuire effetto alla vendita, considerandola come una cessione del riscatto, perchè questa cessione è in sostanza identica alla vendita e produce lo stesso effetto. Eppure la giurisprudenza francese è costante in questo senso (2).

395. Gli editori di Zachariae hanno adottato la dottrina consacrata dalla giurisprudenza. Essi insegnano però che il venditore con riscatto può stabilire una servitù sull'immobile venduto. Convalidare la concessione d'una servitù ed annullare la concessione d'un'ipoteca ci pare contradditorio. No, si dice,

---

(1) Parigi, 10 luglio 1821 e rigetto, 7 luglio 1829 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 492). Cfr. Tolosa, 12 marzo 1812 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1463, 2.°).

(2) Grenoble, 17 febbraio 1849 (DALLOZ, 1851, 2, 235). Nimes, 18 dicembre 1849 (DALLOZ, 1852, 2, 122). Nello stesso senso, AUBRY e RAU, t. IV, p. 412, note 31 e 32, § 357. In senso contrario, DURANTON, t. XVI, p. 423, n. 408. DUVERGIER, t. II, p. 55, n. 29.

perchè si può concedere una servitù sopra un immobile che si acquisterà, mentre la legge vieta d'ipotecare un bene futuro (1). Ma è vero che l'ipoteca dell'immobile venduto con clausola di riscatto sia l'ipoteca d'un bene futuro? Un bene futuro è quello sul quale non si ha alcun diritto, nemmeno eventuale. Ora, quando il patto di riscatto si verifica, il venditore è considerato come se fosse sempre stato proprietario dell'immobile. Si verrebbe così alla conclusione che chi era proprietario nel momento in cui concedeva l'ipoteca abbia tuttavia ipotecato un bene futuro! Si riterrebbe dunque che non abbia avuto alcun diritto sulla cosa nel momento in cui, in realtà, ne era proprietario irrevocabile!

§ III. — *Dell'effetto del patto del riscatto quando la condizione si verifica.*

N. 1. — In qual modo il venditore esercita il suo diritto?

396. La questione ha dato luogo a lunghe controversie e nell'antico diritto e sotto l'impero del codice civile. Se stiamo al principio che domina la materia, la soluzione è semplicissima. Il diritto di riscatto è una condizione risolutiva, ma potestativa. La condizione è espressa, poichè scritta nel contratto. Ora, come agisce la condizione risolutiva espressa? Essa opera di pien diritto. Il contratto è risolto per la sola volontà delle parti contraenti (art. 1183 e 1184). La condizione risolutiva espressa scioglie il contratto di pien diritto anche quando è potestativa? Il carattere potestativo della condizione esercita un'influenza sul modo d'operare della condizione. Essa esige una manifestazione di volontà, poichè la condizione consiste in un atto di volontà. Così la facoltà del riscatto attribuisce un diritto al venditore: egli può usare del patto o non usarne. Occorre dunque, perchè la condizione si verifichi, ch'egli dichiari la sua volontà d'esercitare il diritto. Dal momento che il venditore ha fatto questa dichiarazione, la condizione è verificata e, quindi, la vendita è perfetta, con una restrizione però, che il venditore è tenuto a certe obbligazioni. Bisognerà dunque, dopo che avrà dichiarato di voler usare del suo diritto, ch'egli adempia le obbligazioni che la legge gli impone, come il compratore deve adempiere le sue. Ma, a nostro avviso, l'esecuzione di queste reciproche obbligazioni non costituisce la condizione; è piuttosto la conseguenza dell'adempimento della condizione. Anche nella condizione risolutiva casuale vi hanno reciproche restituzioni da fare, reci-

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 413, nota 33, § 357.

proche obbligazioni da adempiere, ma ciò non toglie che il contratto sia risoluto a partire dal momento in cui l'avvenimento che costituisce la condizione si è verificato. Deve accadere lo stesso della condizione potestativa, perchè non vi ha altra differenza fra la condizione potestativa e la condizione casuale se non che la volontà del creditore tien luogo dell'avvenimento che risolve il contratto.

397. Ecco il principio. Ne risulta che non occorrono atti giudiziali perchè la condizione risolutiva espressa, quantunque potestativa, si compia. In teoria, è cosa incontestabile, perchè ciò che caratterizza la condizione risolutiva espressa è ch'essa opera di pien diritto lo scioglimento del contratto, senza alcun intervento dell'autorità giudiziaria (art. 1184 e 1183). Resta a vedere se la legge deroghi a questo principio in quanto concerne il diritto di riscatto. V'hanno testi dai quali si potrebbe conchiudere che il venditore deve intentare un'azione giudiziale. Tale è l'art. 1662, il quale reca: « Non *proponendo* il venditore *la sua azione di recupera* nel termine prescritto, il compratore rimane proprietario irrevocabile ». La stessa espressione si trova negli articoli 1664, 1668, 1671, 1672. Che cosa devesi intendere per *proporre l'azione di recupera?* Vuol dire intentare un'azione giudiziale? Non può essere questo il senso della legge, perchè sarebbe una deroga ai principii, che nulla giustificherebbe. Il giudice non interviene che per decidere una contestazione, non interviene per regolare ciò che le parti hanno regolato. Ora, nella specie, non vi ha contestazione, e le parti hanno scritto esse stesse nel contratto ciò che volevano. Dunque la volontà delle parti deve ricevere la sua esecuzione, senza alcuna domanda giudiziale. L'espressione *proporre l'azione di recupera* può avere anche un altro senso, quello d'agire, vale a dire di fare ciò che al venditore incombe per esercitare il suo diritto. E che cosa deve egli fare secondo i principii? Manifestare la sua intenzione d'usare della facoltà che si era riservata vendendo. Il combinato disposto degli articoli 1668 e 1669 attesta che tale è precisamente il significato che la legge attribuisce all'espressione di cui indaghiamo il valore. Infatti, l'articolo 1668 dice che, se più persone hanno venduto congiuntamente, e mediante un solo contratto, un fondo tra esse comune, ciascuna può *promuovere l'azione di recupera* sopra la parte soltanto che le spettava secondo l'art. 1669. Avrà luogo la stessa disposizione quando quegli che ha venduto da solo un fondo avesse lasciato più eredi. Ciascuno di questi, dice la legge, può *far uso della facoltà di riscatto*, per quella parte soltanto della quale è erede. Così *promuovere l'azione di recupera* significa *far uso della facoltà di riscatto.* Così pure, dopo aver parlato, negli articoli 1671 e 1672, di *promuovere* o *d'intentare l'azione di recupera*, la legge dice nell'art. 1673: « Il venditore che fa uso del patto di riscatto ». Questa considerazione è decisiva. La legge medesima spiega che l'*azione* consiste

nel *far uso del patto di riscatto.* Su questo punto tutti sono d'accordo (1).

398. Dobbiamo ora vedere in qual modo il venditore userà del diritto di riscatto. Che deve egli fare? Già nell'antico diritto la questione era molto controversa. Gli uni esigevano che il venditore facesse delle offerte reali, seguite da deposito, se il compratore le rifiutava. Altri dicevano che il venditore doveva almeno presentare all'acquirente i denari, mentre insigni giureconsulti si contentavano d'un interpello accompagnato da offerte verbali (2). Sotto l'impero del codice la controversia ha continuato. Noi la decideremo mediante il principio che domina questa materia. Il diritto di riscatto è una condizione risolutiva potestativa, ma espressa. Essa è espressa, e quindi opera per la volontà delle parti contraenti. Però, siccome è potestativa, bisogna che il venditore dichiari, nel termine fissato dal contratto, che intende usare della facoltà che si è riservata. Ecco tutto ciò che risulta dai principii. Non può parlarsi d'offerte reali e di deposito, perchè il venditore non paga un debito, ma fa una dichiarazione di volontà. Dunque egli non ha nulla da offrire nè da depositare. Soltanto dopo che il contratto è sciolto per effetto della sua dichiarazione potrà trattarsi di procedere alle reciproche restituzioni. Se la legge avesse voluto che il venditore facesse delle offerte, l'avrebbe detto, perchè spetta al legislatore, in mancanza d'una convenzione, di determinare le condizioni dell'esercizio del riscatto. Ora, la parola *offerte* non si trova nella legge. Questo silenzio è decisivo. Ne risulta che si rimane sotto l'impero dei principii generali, e questi principii non lasciano alcun dubbio. Tutto ciò ch'essi domandano è una dichiarazione di volontà.

Si pretende che il testo che noi diciamo non esistere si trovi nell'art. 1659, il quale definisce il diritto di riscatto un patto per cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta *mediante la restituzione del prezzo capitale ed il rimborso di cui è parola nell'art. 1673.* La legge, si dice, non si contenta d'una dichiarazione di volontà del venditore, ma precisa la condizione sotto la quale egli potrà usare del diritto di riscatto: *mediante* la restituzione del prezzo ed altri rimborsi. La parola *mediante* indica una condizione. L'esercizio del riscatto consiste in una restituzione e in un rimborso, e quindi il venditore deve fare la dichiarazione offrendo ciò che deve restituire e rimborsare (3). La giurisprudenza ha risposto a questa

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 419, n. 403, e tutti gli autori. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, n. 1497. Bisogna aggiungere Bruxelles, 10 agosto 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 207).

(2) Vedi le testimonianze in TROPLONG, p. 372, n. 708.

(3) DUVERGIER, t. II, p. 43, n. 27. Cfr. AUBRY e RAU, t. IV, p. 458 e seg., § 357, e COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 156, n. 118 *bis* IV. In senso contrario, TROPLONG, p. 372, n. 717, e p. 376, n. 723. MOURLON, t. III, p. 259, n. 639.

interpretazione, che si fonda sopra una confusione d'idee. L'obbietto dell'art. 1659 non è di dire in che consista l'esercizio del riscatto. La legge definisce il patto, e la definizione doveva esprimere naturalmente che il venditore che riprende la cosa restituisce il prezzo. Diversa è la questione di sapere ciò che il venditore deve compiere, per *far uso del patto di riscatto,* o per promuovere l'azione di recupera. La restituzione e il rimborso di cui parla l'art. 1659 sono la conseguenza dell'esercizio del diritto, ma non costituiscono questo esercizio.

La giurisprudenza si è sempre pronunciata contro il sistema delle offerte reali (1). Ci limiteremo a citare due sentenze che formulano nettamente il principio. La Corte di Bruxelles dice: « Risulta dalla economia di tutte le disposizioni del codice civile relative al diritto di riscatto, e specialmente dai combinati articoli 1662 e 1673, che le parole *non proponendo il venditore la sua azione di recupera,* di cui si serve il primo di questi articoli, non possono altro significare se non questo: « non manifestando il venditore la volontà di far uso del diritto di riscatto », vale a dire di riprendere i beni, e di adempiere le obbligazioni che il contratto o la legge gli impongono all'uopo (2). La Corte suprema comincia col constatare che nessuna disposizione di legge regola espressamente il modo secondo il quale deve essere esercitata l'azione di recupera. Specialmente non è prescritto in nessun luogo al venditore con patto di riscatto di fare, sotto pena di decadenza, nel termine fissato dalla convenzione, sia il pagamento effettivo del prezzo e di tutti o parte degli accessori di questo, sia offerte reali destinate a supplire il detto pagamento. Ciò basta già per decidere la questione. Il supremo magistrato soggiunge, e ciò completa la nostra dimostrazione, risultare dall'articolo 1673 come, secondo lo spirito del legislatore, la validità dell'esercizio della recupera non è assolutamente subordinata al pagamento del prezzo nel termine fissato. Infatti, questo articolo stabilisce a profitto del compratore, fino al rimborso integrale del prezzo e degli accessorii, un diritto di ritenzione che non avrebbe ragion d'essere se, pel solo fatto della mancanza del pagamento entro il termine, il venditore con recupera dovesse essere dichiarato decaduto dal suo diritto (3). Questo prova che le prestazioni che il venditore deve fare in forza dell'art. 1673 non costituiscono l'esercizio del diritto di riscatto, ma ne sono soltanto la conseguenza.

399. Basta che il venditore dichiari che intende far uso della facoltà che si è riservata di riprendere la cosa. In qual

(1) Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, n. 1500.
(2) Bruxelles, 10 agosto 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 207).
(3) Rigetto, 5 febbraio 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 132).

forma deve egli fare questa dichiarazione? Poichè la legge tace intorno al modo d'esercitare il diritto di riscatto, si rimane sotto l'impero dei principii generali. Nessuna forma è prescritta sotto pena di nullità. Si dice d'ordinario che il venditore deve notificare la sua volontà mercè un'intimazione, nella quale farà contemporaneamente l'offerta verbale di restituire il prezzo e di fare i rimborsi che la legge prescrive. Ecco in qual senso la cosa è vera. Si tratta di una questione di prova. Il venditore può, in teoria, fare la sua dichiarazione sia oralmente sia per iscritto. Egli sarà ammesso alla prova testimoniale sotto le condizioni determinate dalla legge, il che accadrà assai di rado, poichè la prova per testimoni non è ammessa, in generale, quando il valore del litigio eccede la somma di centocinquanta lire e non si verserà nel caso d'invocare l'eccezione del principio di prova per iscritto, giacchè lo scritto dovrebbe emanare dal compratore, il quale si guarderà bene dal fornire una prova contro sè stesso. Una prova scritta sarà pure altrettanto difficile, perchè il compratore vi si rifiuterà, anzi tenterà d'impedire, con tutti i mezzi fraudolenti che praticano gli usurai, al venditore d'usare del suo diritto. La confessione e il giuramento non servono menomamente al venditore. Il compratore non emetterà alcuna confessione, e fare appello alla sua coscienza è un mezzo troppo arrischiato. La più semplice prudenza impone dunque al venditore di fare una intimazione, vale a dire di dichiarare la sua volontà con un atto d'usciere notificato al compratore. Anche i notai sarebbero competenti per questa notifica, poichè hanno veste per fare le offerte reali (1).

400. Rimane una difficoltà sulla quale ci troviamo in disaccordo colla giurisprudenza. Si domanda a partire da qual momento la vendita sarà risolta. Lo sarà dal giorno della citazione, ovvero dopo che il venditore avrà restituito il prezzo e fatto il rimborso che prescrive l'art. 1673? Secondo la nostra opinione, l'intimazione risolve la vendita, perchè la condizione risolutiva è espressa e si compie col solo fatto della dichiarazione del venditore, che tien luogo dell'avverarsi dell'evento nella condizione risolutiva casuale. Una recente sentenza della Corte di cassazione ha deciso la questione in senso contrario (2). La Corte invoca l'art. 1659, a termini del quale il venditore non può riprendere la cosa venduta che mediante la restituzione del prezzo capitale ed il rimborso di cui nell'articolo 1673. Arrestiamo la Corte al suo punto di partenza. Essa medesima ha deciso che l'art. 1659 è estraneo all'esercizio propriamente detto della recupera. Ora, si tratta appunto di sapere quando la recupera sia esercitata, perchè gli è coll'esercizio del riscatto che la vendita è risolta. La Corte cita in seguito l'arti-

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 155, n. 118 *bis* III.
(2) Rigetto, 14 gennaio 1873 (DALLOZ, 1873, 1, 185).

colo 1662, secondo il quale il compratore rimane proprietario irrevocabile quando il venditore non *propone la sua azione di recupera* nel termine prescritto. Anche questa disposizione deve essere esclusa, perchè *proporre l'azione di recupera* non significa restituire il prezzo e gli accessorii, ma vuol dire *usare del patto di riscatto*. Ora, il venditore usa del patto ed esercita in questo senso il diritto di recupera notificando un'intimazione al compratore. La Corte confessa che il diritto di recupera è *conservato* dalle offerte che il venditore fa entro il termine. Non basta dire *conservare*. Le offerte, o, per parlare più esattamente, la dichiarazione di volontà, l'intimazione fanno più che *conservare* il diritto del venditore, esse costituiscono l'esercizio di questo diritto. Gli è quanto la legge chiama *proporre l'azione di recupera* o *usare del diritto di riscatto*, e dal momento che il venditore esercita il suo diritto, la vendita è risolta. La Corte di cassazione soggiunge che, per *consumarne l'esercizio*, devesi ancora adempiere la condizione indispensabile della restituzione e del rimborso richiesta dagli articoli 1659 e 1673. *Consumare l'esercizio* non è esatto. L'intimazione costituisce l'esercizio. Dopo di essa vi hanno reciproche obbligazioni da adempiere, obbligazioni che risultano dalla risoluzione e che l'implicano.

La Corte conchiude che, fino a quando la restituzione non è seguita la condizione della recupera manca, e che, non essendo questa adempiuta, il venditore può essere dichiarato decaduto dal diritto di riscatto per sentenza del giudice. Ecco il punto pratico della difficoltà. La conclusione della Corte è, pare a noi, in opposizione colla precisa lettera della legge. Se la restituzione prescritta dall'art. 1673 fosse la condizione del riscatto, il venditore dovrebbe proporre di restituire il prezzo e gli accessorii, e fare l'offerta reale. Ora, la Corte di cassazione ha giudicato che non occorrevano offerte di sorta. Secondo la Corte, sarebbe necessaria una sentenza per pronunciare la decadenza del venditore. L'art. 1662 dice, al contrario, che la decadenza s'incorre di pien diritto, per ciò solo che il venditore non esercita la recupera nel termine convenuto. Dunque, se la esercita, non incorre nella decadenza. Gli rimane, è vero, da adempiere delle obbligazioni, ma queste obbligazioni suppongono che la risoluzione sia verificata. Se ne vuole la prova? Così dispone l'istessa lettera dell'art. 1673. Esso stabilisce che il venditore non può entrare in possesso finchè non ha eseguite queste obbligazioni. L'immissione *in possesso* suppone che la vendita sia risolta. Dal momento che è risolta, il venditore riprende la cosa sua. Ma siccome ha delle obbligazioni da adempiere, la legge accorda al compratore una garanzia nel diritto di ritenzione. Questo diritto sconvolge tutta la teorica della Corte di cassazione. Se, come essa dice, la vendita sussistesse, il compratore sarebbe sempre proprietario. E il proprietario ha bisogno di garanzia contro colui che può bensì domandare la risoluzione, ma che

non adempie la condizione prescritta dalla legge? Egli è proprietario e tale rimane. Vi ha di più. Il diritto di ritenzione sarebbe un'eresia giuridica secondo il sistema della Corte di cassazione. Questo diritto è un privilegio. Ma il proprietario può avere un privilegio sulla cosa sua?

N. 2. — Obbligazioni del venditore.

401. Il venditore che usa del patto di riscatto deve restituire il prezzo capitale, dice l'art. 1659, o rimborsarlo, come dispone l'art. 1673. È questa la conseguenza naturale della risoluzione, la quale rimette le parti nella condizione in cui erano prima d'aver contrattato. Si domanda se le parti possono convenire che il venditore restituirà un prezzo superiore a quello che ha ricevuto. Pothier dice che la convenzione è valida, perchè non ha nulla d'illecito. Anche gli scrittori moderni che discutono la questione la trattano da questo punto di vista. Gli uni ammettono la clausola perchè non vi ravvisano nulla d'illecito, altri la riprovano perchè favorisce l'usura (1). Sotto l'impero della nostra legislazione, quest'ultima considerazione viene a cadere, e quindi bisognerebbe decidere, con Pothier, che la convenzione è valida. Pare a noi che la questione sia posta male. Non vi ha dubbio che la clausola, per sè stessa, non è contraria nè all'ordine pubblico nè ai buoni costumi, ma si tratta di sapere se si concilii coll'essenza della condizione risolutiva. Questa condizione rimette le cose nel medesimo stato come se non vi fosse stato contratto. Ora, se il venditore riceve diecimila lire, e deve restituirne dodicimila, si può dire che si trovi nella condizione in cui era prima d'aver contrattato? No, perchè egli non *rimborsa* soltanto ciò che ha ricevuto, ma *esborsa* duemila lire, che non avrebbe pagate se non vi fosse stata vendita. Questa non è dunque una risoluzione. Si dirà che le parti sono libere di fare quelle convenzioni che vogliono. Sia pure, ma la loro libertà ha un limite, e sta in ciò che non possono fare ciò che è contrario all'essenza della convenzione che consentono. Esse non possono fare che una condizione risolutiva non risolva il contratto come se non fosse mai esistito. Se dunque si vuole convalidare la clausola, si farà un'altra convenzione, i cui effetti non saranno quelli d'una vendita sotto condizione risolutiva. Gli effetti dipenderanno dalle clausole del contratto che i giudici apprezzeranno (2).

402. Il venditore deve restituire gli interessi del prezzo?

(1) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 407, nota 3, § 357. Bisogna aggiungere Gand, 26 maggio 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 394).
(2) BUGNET in POTHIER, t. III, p. 173, nota 1.

Tutti concordano nella neguativa. Infatti, l'articolo 1673, che enumera le obbligazioni del venditore, non vi comprende quella del pagamento degli interessi. E questa enumerazione deve essere considerata come restrittiva, poichè l'art. 1659, che definisce il diritto di riscatto, dice che il venditore deve riprendere la cosa mediante la restituzione del prezzo capitale ed il rimborso di cui è parola nell'art. 1673. Ne risulta che il venditore non ha altre obbligazioni da compiere. La legge così interpretata deroga al principio della risoluzione, quale è formulato dall'art. 1183. Il contratto risolto essendo considerato come non mai esistito, il venditore non ha alcun diritto al godimento del prezzo che ha riscosso, come il compratore non ha diritto ai frutti. L'uno dovrebbe dunque restituire gli interessi di cui ha goduto, e l'altro i frutti percetti. La legge compensa qui gli interessi coi frutti. Questa compensazione è non solo contraria ai principii, ma anche poco equa, perchè ne risulta sempre una certa diseguaglianza fra le parti contraenti. Ora, il principio della risoluzione esige la più stretta eguaglianza. Dal momento che è lesa, non si può più dire che le parti sono rimesse nel medesimo stato in cui erano prima d'aver contrattato (1). Del resto, le parti possono derogare alla legge, la quale non fa che prevedere la loro volontà, regolando esse medesime le loro obbligazioni quanto agli interessi ed ai frutti. Le convenzioni delle parti prevalgono sempre alla legge (2).

403. A termini dell'art. 1673, il venditore deve ancora rimborsare al compratore le spese e qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita. Queste spese sono perdute in caso di risoluzione della vendita. Resta a sapere chi deve sopportare questa perdita. Non può essere il compratore che ha pagato le spese. Se la legge mette le spese a suo carico (articolo 1602), è perchè egli profitta della vendita, il che suppone che divenga proprietario irrevocabile. Ma quando la vendita è fatta sotto condizione risolutiva, la condizione essendo stipulata nell'interesse del venditore, come nella specie, è giusto ch'egli sopporti le spese.

404. Il venditore deve altresì « rimborsare le spese *necessarie* e quelle che hanno aumentato il valore del fondo, sino all'importare di questo aumento » (art. 1673). Risulta dal testo della legge che il venditore deve rimborsare integralmente le spese *necessarie,* il che è conforme ai principii ed all'equità. Le spese necessarie sono quelle che conservano la cosa. Senza queste spese la cosa sarebbe perita, e, per conseguenza, il venditore non avrebbe potuto esercitare il suo diritto di riscatto. Poichè i lavori di manutenzione si rivolgono a suo profitto, è giusto ch'egli rim-

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 76, n. 50. AUBRY e RAU, t. IV, p. 410, nota 15, § 357.
(2) Bruxelles, 13 ottobre 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 501).

borsi al compratore ciò che questi ha speso per tal titolo. Una simile obbligazione è fondata sull'equità. Il venditore non deve arricchirsi a spese del compratore. D'altronde egli non vi è obbligato se non in qunato vuol riprendere la cosa. Se trova i pesi troppo gravosi, è libero di non esercitare il riscatto.

Quanto ai lavori utili, si tratta di sapere se il venditore debba corrispondere la spesa effettiva od il maggior valore. Il principio è ch'egli rimborsa in quanto si arricchisce. Egli deve dunque pagare l'aumento di valore di cui approfitta. Poco importa qual sia l'ammontare della spesa, sia questa maggiore o minore della plusvalenza. Il profitto del venditore non è costituito dalla spesa, ma dal maggior valore che ne risulta. Si potrebbe obbiettare, dal punto di vista dell'equità, che il compratore sarà in perdita se, avendo fatto una spesa di dodicimila lire, gli si restituisce il maggior valore di diecimila. La risposta è facile. Il compratore non deve fare lavori di miglior amento finchè non è proprietario irrevocabile, poichè egli sa che il suo diritto potrà essere risolto.

I lavori, anche utili, possono impedire al venditore di esercitare il riscatto. Chi vende col patto di recupera versa sempre in condizioni pecuniarie più o meno critiche. Per poco considerevoli che siano i lavori, si troveranno nell'impossibilità di rimborsare la plusvalenza. Si ammette, per ragione d'equità, che i tribunali potrebbero autorizzare il riscatto, tenendo conto dei motivi che hanno determinato il compratore, e della difficoltà che il maggior valore frappone all'esercizio del riscatto (1). È questa un'eccezione all'art. 1673. Ora, l'equità da sola non permette al giudice di derogare alla legge. Occorre un motivo di diritto e non ne scorgiamo altro che il dolo. Se il compratore avesse fatto dei lavori per impedire al venditore d'usare del suo diritto, avrebbe frodato il contratto e la legge. Ora, egli non può, col suo dolo, privare il venditore di un diritto che la convenzione gli accorda e che la legge consacra. In questo caso i tribunali autorizzeranno il riscatto senza che il venditore sia tenuto a rimborsare il maggior valore, salvo al compratore togliere le costruzioni e le piantagioni, ristabilendo i luoghi nel loro stato primitivo.

405. Dicendo che il venditore deve rimborsare le spese che hanno aumentato il valore del fondo, la legge decide implicitamente ch'egli non deve rimborsare quelle che il compratore fa per lavori di diletto, perchè l'art. 1673 è restrittivo (n. 404). Il venditore non si arricchisce delle spese voluttuarie, e se il compratore le perde, doveva aspettarselo, poichè non ha se non una proprietà risolubile.

Che dovrà dirsi delle spese di manutenzione? Esse sono spese necessarie, poichè conservano la cosa. Tuttavia il venditore non deve rimborsarle. Pothier ne dice la ragione, ed è che le spese

(1) DUVERGIER, t. II, p. 73, n. 48. AUBRY e RAU, t. IV, p. 409, nota 12, § 357.

di manutenzione sono un peso del godimento che le cagiona. Ora, il compratore ha il godimento poichè lucra i frutti (numero 402) (1).

406. Dopo aver enumerate le obbligazioni del venditore, l'articolo 1673 soggiunge: « Il venditore non può entrare in possesso se non dopo aver soddisfatto a tutte queste obbligazioni ». Il compratore ha dunque un diritto di ritenzione. È questa una garanzia che la legge gli accorda pei rimborsi che gli spettano contro il venditore. Ciò suppone, come abbiamo detto, che il compratore non è più proprietario. La ritenzione è una specie di privilegio, ed ogni privilegio colpisce la cosa che non appartiene al creditore privilegiato (n. 400) Diciamo che si tratta di una specie di privilegio. Quale effetto esso produce? Il compratore può opporlo ai terzi? Rimandiamo l'esame di codeste quistioni al titolo delle *Ipoteche.*

N. 3. — Obbligazioni del compratore.

407. La legge non parla delle obbligazioni del compratore. Esse derivano dai diritti che la legge accorda al venditore. Questi riprende la cosa venduta, e quindi il compratore deve restituirgliela, salvo il suo diritto (n. 405). Egli deve restituire la cosa cogli accessorii che può aver ricevuto durante il tempo che la possedeva. Si domanda se debba restituire le alluvioni. È una questione celebre, per le controversie che ha sollevato. Se si consultano i principii, non vi ha il menomo dubbio. L'alluvione profitta al proprietario (art. 556). Ora, chi è proprietario quando la condizione risolutiva del riscatto si verifica? Il venditore, poichè la risoluzione annulla il contratto come se non fosse mai esistito. Ci meraviglia di trovare il Pothier fra i fautori dell'opinione contraria. Che cosa risponde egli all'argomento irresistibile della risoluzione? Dice che la risoluzione non ha luogo se non per l'avvenire. Ciò dimostra che, nell'antico diritto, la natura del riscatto era incerta. Sotto l'impero del codice non vi ha più incertezza, esistendo un testo formale, l'art. 1673. Crediamo inutile discutere le diverse considerazioni che si fanno valere in favore del compratore. Quando i principii sono certi, ogni questione dovrebbe cessare. Citiamo, a questo proposito, ciò che dice Duvergier. « Bisogna escludere dalla discussione, egli dice, le ragioni d'equità, le considerazioni particolari che, presentate da una parte e dall'altra in modo ingegnoso, lasciano la mente sospesa, e che, non si potrebbe ripetere mai troppo, sono le mortali nemiche delle vere soluzioni scientifiche ». Raccomandiamo agli interpreti queste parole di un insigne giureconsulto (2).

---

(1) Pothier, *Della vendita*, n. 423 e tutti gli autori.

(2) Duvergier, t. II, p. 80, n. 55. Troplong, p. 393, n. 766. In senso contrario, Pothier, *Della vendita*, n. 402.

408. Il codice non dice che il compratore deve restituire i frutti. L'art. 1673 decide implicitamente la questione non obbligando il venditore a restituire gli interessi, la qual cosa significa che si compensano coi frutti, e per conseguenza il compratore li lucra (n. 402). Secondo la nostra opinione, è questa una deroga ai principii. I frutti appartengono al proprietario (art. 547). Ora, la risoluzione del contratto fa sì che il venditore sia considerato come se fosse stato sempre proprietario, mentre il compratore non ebbe mai nessun diritto sulla cosa. Il compratore non ha dunque alcun titolo per reclamare i frutti. Egli non può invocare la qualità di possessore, perchè non è un possessore nel senso dell'art. 549. Egli è un proprietario sotto condizione risolutiva, e quando la condizione si verifica, essa annulla la sua proprietà come se non fosse mai esistita. Rimandiamo a quanto dicemmo, al titolo delle *Obbligazioni*, intorno all'effetto della condizione risolutiva (vol. XVII, n. 85).

Il compratore fa suoi i frutti, perchè il venditore col patto di riscatto lucra gli interessi. Ecco il principio consacrato implicitamente dal codice. Esso decide una questione su cui vi ha grave divergenza d'opinioni. Si domanda quali sono i diritti delle parti interessate, riguardo ai frutti dell'ultima annata, supponendo che il compratore non abbia posseduto che per una parte della medesima. Per esempio, il riscatto si esercita dopo quattro anni e mezzo. Durante quest'ultima annata, può darsi che il compratore abbia percetto tutti i frutti. Non dovrà egli per questo titolo alcuna indennità al venditore? Può anche accadere che egli non abbia percetti i frutti e che li percepisca il venditore. Dovrà questi, in tal caso, una indennità al compratore? La difficoltà non si presenta rispetto ai frutti civili, poichè essi si acquistano giorno per giorno, ma i frutti naturali non si acquistano, in materia d'usufrutto, che colla percezione. La questione sta dunque nel sapere se si deve applicare l'articolo 585 ai rapporti fra il venditore con riscatto e il compratore. A nostro avviso, la negativa è certa. L'art. 585 non stabilisce un principio generale. Esso consacra una soluzione particolare all'usufrutto, e che si spiega coll'incertezza intorno al momento in cui l'usufrutto verrà ad estinguersi. Fra l'usufruttuario e il nudo proprietario l'alea è uguale. Ben diversamente avviene in materia di riscatto. L'epoca d'esercizio al riscatto dipende dal venditore, e se gli si attribuissero i frutti pendenti al momento della recupera, egli non mancherebbe mai di esercitarlo prima della raccolta, di modo che il compratore sarebbe sempre in perdita (1).

Qual principio si deve seguire in materia di riscatto? La legge stessa lo stabilisce decidendo che il venditore ha diritto agli

(1) COLMET DE SANTERRE stabilisce benissimo questo punto (t. VIII, p. 159, numero 118 *bis* IX).

interessi fino al giorno della risoluzione. Poichè gli interessi si compensano coi frutti, il compratore deve avere il godimento fino a che il contratto sia risolto. Poco importa l'epoca della raccolta. Se la vendita è risolta quando i frutti sono già percetti, egli non vi ha diritto che in proporzione della durata legale del suo godimento. Se questo fu di soli sei mesi, dovrà restituire al venditore la metà dei frutti. Se i frutti sono ancora pendenti al tempo in cui si esercita la ricupera, il compratore avrà sempre diritto al godimento di mezza annata, e potrà, per conseguenza, reclamare la metà dei frutti che il venditore percepirà. La ragione di decidere sta in ciò che il venditore, alla sua volta, ha avuto il godimento del prezzo per questa mezza annata, e siccome la legge compensa i frutti cogli interessi, se l'una delle parti gode gli interessi, l'altra deve godere i frutti (1).

409. Se il compratore, col fatto proprio, danneggia la cosa, deve un'indennità per questo titolo al venditore. La legge non lo dice, ma ciò risulta dai principii. Il compratore con riscatto non è un proprietario avente un potere assoluto sulla cosa. Egli non può abusare, perchè è debitore sotto condizione sospensiva. Egli deve dunque, come ogni debitore di una cosa certa e determinata, conservare la cosa stessa colla diligenza di un buon padre di famiglia. Se non adempie questa obbligazione, risponderà dei danni verso il venditore. Tale è il diritto comune che regge i contratti stipulati sotto condizione risolutiva. Rimandiamo, quanto al principio, al titolo delle *Obbligazioni*. L'applicazione al patto di riscatto non è dubbia. L'art. 1673 dà al compratore il diritto di reclamare le spese di miglioria. Per converso, egli deve rispondere dei deterioramenti (2).

N. 4. — Dell'azione di riscatto.

410. « Il venditore che ha pattuito il riscatto può promuoverne l'azione contro un subacquirente, quand'anche nel nuovo contratto non fosse stato manifestato il retratto convenuto » (art. 1664). Quale è questa azione che il venditore può esercitare contro un terzo acquirente? E perchè può esercitarla direttamente? La dottrina è molto incerta su questo punto. Se si ammette il principio come noi l'abbiamo formulato (n. 381), la soluzione è semplicissima. Il diritto di riscatto è una condizione risolutiva espressa, ma potestativa. Ora, la condizione risolutiva espressa opera di pien diritto, anche quando è potestativa. Perchè sia adempiuta, basta che il venditore con riscatto

---

(1) È l'opinione abbastanza generale. Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 410, nota 19, § 357.

(2) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. IV, p. 410, nota 20, § 357.

dichiari di voler usare del patto di recupera. Da questo momento, la vendita è risolta (n. 400) e, per conseguenza, il venditore ridiviene proprietario. Egli riprende la cosa sua, dice l'articolo 1659, e naturalmente la riprende dove la trova, vale a dire la rivendica. L'azione che il venditore esercita contro un terzo acquirente è dunque un'azione di rivendicazione. Ecco perchè può essere esercitata direttamente contro qualunque terzo possessore. Non è necessario che il venditore abbia agito preventivamente contro l'acquirente primitivo per far risolvere il contratto, perchè il venditore con riscatto non agisce contro il compratore per via d'azione giudiziale. Quello che la legge chiama azione di recupera non è che una dichiarazione di volontà del venditore, dichiarazione che si fa d'ordinario mediante una intimazione al compratore. Se questi ha rivenduto la cosa, il venditore con riscatto non è nemmeno tenuto a diffidarlo per rivendicare contro il terzo acquirente. Basta, secondo la legge, ch'egli eserciti il patto di riscatto, e, come ha giudicato la Corte di cassazione, la legge non dice in qual modo, in qual forma si debba usarne. Ora, il modo più energico di dichiarare come egli intenda valersi della facoltà di riprendere la cosa sua è quello di rivendicarla.

Non così la pensano gli scrittori. Lasciamo da parte la spiegazione di Pothier, troppo sottile e, a nostro avviso, erronea, almeno secondo i principii del codice civile (1). Il riscatto dell'antico diritto differisce dalla teoria consacrata dal codice. Duranton dice che l'art. 1664 è l'applicazione del principio secondo il quale non possiamo trasmettere ad altri maggiori diritti di quelli che abbiamo noi stessi (2). Verissimo, ma ciò non spiega l'azione diretta che la legge accorda al venditore contro il terzo acquirente. Il primo compratore ha trasmesso al secondo una proprietà risolubile come la sua. Ecco la conseguenza del principio. Essa si applica ad ogni condizione risolutiva espressa o tacita. Altra è la questione di sapere contro chi il venditore deve agire e con quale azione. Qui bisogna distinguere. Se si tratta della condizione risolutiva tacita per mancanza di pagamento del prezzo, il venditore deve anzitutto far risolvere il contratto contro il compratore, e all'uopo occorre una sentenza del giudice. Gli è solo dopo la risoluzione della vendita che il venditore può rivendicare la cosa contro il terzo acquirente, mentre la risoluzione ha luogo di pien diritto, senza l'intervento del giudice, quando la condizione risolutiva è espressa. Ora, essa è espressa quando il venditore stipula il diritto di riscatto. Insistiamo su questo punto, perchè un insigne giureconsulto vi si è lasciato trarre in inganno. Duvergier equipara la risoluzione del contratto per l'esercizio del diritto di

(1) POTHIER, *Delle obbligazioni*, n. 154.
(2) DURANTON, t. XVI, p. 421, n. 405.

ricupera alla risoluzione pel mancato pagamento del prezzo (1). L'errore è palese. Il venditore, quando il prezzo non è pagato, non può agire direttamente contro i terzi. Egli non ha mai contro di loro che l'azione di rivendica, e la rivendicazione suppone ch'egli sia rientrato nella proprietà della cosa, ciò che non può farsi se non mediante un'azione giudiziaria. Nel patto di riscatto, non vi ha alcuna azione giudiziaria contro il compratore. La vendita è risolta di pien diritto dal momento che il venditore dichiara di valersi del patto di riscatto. Nulla gli impedisce dunque di agire direttamente contro il terzo acquirente.

Troplong applica al patto di riscatto la dottrina tradizionale delle azioni che sono ad un tempo personali e reali (2). Noi l'abbiamo già combattuta. È però inutile discuterla qui, per la semplicissima ragione che il venditore con riscatto non ha un'azione propriamente detta. Esercitare la sua azione vuol dire usare del patto di riscatto, e ciò avviene indipendentemente da una domanda giudiziale, mediante una semplice dichiarazione di volontà. Non può dunque essere questione d'azione personale. È soltanto quando un terzo possiede la cosa che il venditore deve agire contro di lui, e questa azione è una rivendica.

Colmet de Santerre dice che il venditore con riscatto ha due azioni, un diritto di credito contro il compratore e un diritto di proprietà, sotto la condizione sospensiva d'esercitare la recupera (3). È giustissimo. Per ottenere le prestazioni alle quali ha diritto in forza dell'art. 1673, il venditore ha certamente un'azione personale contro il compratore. Ma, pel momento, non si tratta di queste prestazioni. Si domanda come il venditore eserciterà il riscatto quando il compratore ha rivenduto la cosa, e perchè la legge gli permette d'agire direttamente contro il secondo compratore, il che deve intendersi di ogni terzo possessore. Egli non può agire che mercè la rivendica. È quello che Colmet riconosce, poichè ammette, come noi, che il venditore con riscatto conserva un diritto condizionale di proprietà.

411. L'art. 1664 è applicabile quando la vendita con riscatto ha per oggetto una cosa mobile corporale? Se si ammette il principio che abbiamo stabilito, la negativa è certa. Infatti, l'azione del venditore contro il terzo acquirente è un'azione di rivendica. Ora, non si rivendicano i mobili corporali contro i possessori di buona fede. Se il terzo acquirente avesse avuto conoscenza del diritto di riscatto che rendeva risolubile il diritto del suo autore, il venditore avrebbe azione contro di lui, perchè sarebbe possessore di mala fede. Quello che diciamo

---

(1) Duvergier, t. II, p. 17, n. 10.
(2) Troplong, p. 366, n. 698, p. 379, nn. 728, 729 e 732.
(3) Colmet de Santerre, t. VII, p. 137, n. 110 *bis* I, II e III.

del terzo acquirente s'applica al creditore che ha un privilegio fondato sopra un pegno? Lo si ammette (1), ma ci pare assai dubbio. È vero che i creditori muniti di pegno sono preferiti al venditore, ma questa preferenza non ha luogo se non quando il venditore agisce come creditore privilegiato. Nella specie, il venditore non reclama il prezzo, ma rivendica. Ora, il diritto del proprietario prevale sui privilegi.

412. L'esercizio del diritto di riscatto presenta una difficoltà quando la vendita ha per oggetto la parte indivisa d'un fondo. Supponiamo che la cosa sia posta all'incanto, e l'acquirente con patto di riscatto si renda aggiudicatario della totalità del fondo. Il venditore che vuole riprendere la cosa deve, in questo caso, redimere tutto il fondo? Secondo l'art. 1667, bisogna distinguere. Se la licitazione è stata provocata contro l'acquirente, questi può obbligare il venditore a redimere il fondo intiero. Quale ne è la ragione? La licitazione suppone che sia stata domandata la divisione, e che il fondo non abbia potuto esservi compreso (art. 1686). La licitazione è, in questo caso, un atto forzato, poichè la divisione, e, per conseguenza, la licitazione può sempre essere provocata. È vero che il compratore con riscatto non è tenuto a rendersi aggiudicatario, ma se lo fa, è per conservare la cosa. In questo senso, si può assimilare l'acquisto ad una spesa necessaria, che sta a carico del venditore quando esercita il riscatto. Se, al contrario, è l'acquirente con riscatto che ha provocato la divisione e la licitazione, non può costringere il venditore a redimere l'intiero fondo. Si rimane dunque nel diritto comune. Il venditore riprende la parte indivisa che ha venduto. La ragione si è che un acquisto volontario non può essere equiparato ad una spesa necessaria e di conservazione (2).

L'art. 1667 dice che il compratore può obbligare il venditore a redimere tutto il fondo. È dunque una facoltà che la legge gli accorda. Spetta al compratore vedere se gli convenga usare di questa facoltà. Se ha interesse a conservare la porzione di cui si è reso aggiudicatario, il venditore potrà costringerlo a cedergliela? Il venditore non ha diritto che alla parte indivisa che ha venduto. Non sappiamo vedere in forza di qual principio potrebbe obbligare il compratore a cedergli la parte indivisa di cui non aveva la proprietà e che non ha formato l'oggetto della vendita. Se l'acquisto fatto dal compratore fosse una conseguenza forzata della vendita con riscatto, si potrebbe dire che il compratore ha fatto ciò che avrebbe dovuto fare il venditore. Ma l'acquisto è volontario; la vendita ne è soltanto l'occasione, e non la causa (3).

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV. p. 411, note 23 e 24, § 357.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 143, n. 113 *bis* I e II. MOURLON, t. III, p. 261, n. 646.

(3) In senso contrario, COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 143, n. 113 *bis* III.

413. L'azione di riscatto è divisibile? Per azione di riscatto intendiamo l'esercizio del diritto di riscatto. La cosa venduta essendo, in generale, divisibile, ne risulta che la vendita, e, per conseguenza, la risoluzione della vendita è divisibile. L'art. 1668 applica il principio al caso in cui più persone hanno venduto unitamente, e mediante un solo contratto, un fondo tra esse comune. Ciascuna non può, in questo caso, promuovere l'azione di riscatto che sopra la parte che le spettava. Avrà luogo la stessa disposizione, dice l'art. 1669, quando quegli che ha venduto da solo un fondo avesse lasciati più eredi. Ciascuno degli eredi non può valersi della facoltà di riscatto che per la porzione della quale è erede.

L'art. 1670 fa un'eccezione al principio della divisibilità del diritto di riscatto: « Il compratore, nei casi espressi nei due precedenti articoli, può esigere l'intervento in causa di tutti i convenditori o di tutti i coeredi, affinchè si concordino fra loro pel riscatto del fondo intiero, e se non s'intendono, sarà assoluto dalla domanda ». Chi domanda il riscatto per la sua parte usa d'un diritto. Per qual motivo il compratore può opporsi all'esercizio di questo diritto? Perchè la legge suppone che tale sia stata l'intenzione delle parti contraenti. Chi acquista un fondo con patto di riscatto intende che la cosa gli rimarrà integralmente o che integralmente la restituirà. Se il riscatto potesse, suo malgrado, essere esercitato parzialmente, egli non conserverebbe che una parte della cosa. Ora, probabilmente egli non avrebbe consentito a comperare questa parte, e quindi bisogna che la legge gli permetta d'esigere che il riscatto sia esercitato per la totalità. È una facoltà che la legge gli accorda. Può esigere, dice l'art. 1670. Egli può dunque non usare di questo diritto e consentire a che l'attore eserciti il riscatto parziale (1).

Se il compratore non consente al riscatto parziale, fa d'uopo che tutti i convenditori o tutti gli eredi chiamati in causa si concordino fra loro pel riscatto del fondo intiero. Come ha luogo questo accordo? Vi è un caso che non presenta alcun dubbio. I convenditori o coeredi convengono di esercitare il riscatto in comune, o ciascuno per la sua quota. In entrambe le ipotesi, il fondo sarà riscattato intieramente. Essi possono ancora concordarsi fra loro nel senso che quelli i quali non vogliono esercitare il riscatto per proprio conto cedano il diritto al compartecipante disposto a riprendere tutta la cosa. Questi è cessionario. Come tale, ha diritto d'agire per la totalità. Il compratore non può opporvisi. Se i convenditori e coeredi non vogliono esercitare il riscatto, e non cedono il loro diritto a colui che ha proposto la domanda, non vi ha accordo e, per conseguenza, non vi sarà riscatto. Il convenuto

(1) Duvergier, t. II, p. 65, n. 35.

sarà assolto dalla domanda a termini dell'art. 1670. Si è obbiettato che il compratore il quale ha domandato l'intervento in causa di tutti i venditori non può opporsi al riscatto, se uno d'essi consenta ad esercitarlo per la totalità (1). Non ci par giusto. Il compratore ha diritto di opporsi al riscatto finchè non è esercitato da tutti i venditori, o col loro consenso. Il testo della legge lo dice, poichè l'art. 1670 esige un accordo e l'accordo suppone un concorso di volontà. Ora, non vi ha concorso di volontà se non quando le parti interessate consentano a che una di esse eserciti il riscatto per la totalità. Finchè non consentono, l'attore non può agire che in virtù del suo diritto personale, vale a dire parzialmente. Gli altri convenditori o coeredi conservano il loro diritto fintanto che non l'hanno ceduto. Ora, il riscatto non può essere esercitato per la totalità senza il concorso di tutti gli aventi diritto.

Si è supposto che i convenditori e coeredi dell'attore, pur non cedendogli il loro diritto, vi rinuncino. L'attore può prevalersi di questa rinuncia ed esercitare il riscatto per la totalità? No, perchè la rinuncia ha l'effetto d'estinguere parzialmente il diritto di riscatto, il che rende impossibile l'esercizio del riscatto per la totalità. Quindi il compratore può opporsi al chiesto riscatto, poichè questo riscatto potrebbe essere soltanto parziale (2).

414. Il diritto che l'art. 1670 accorda al compratore di opporsi all'esercizio parziale del riscatto suppone che la vendita sia stata fatta coll'intenzione che il compratore conservi la totalità della cosa, o ch'essa sia ripresa integralmente dal venditore. Questa intenzione esiste sempre quando non vi ha che un solo venditore e un solo compratore. Quando vi sono più venditori, la legge esige ch'essi vendano unitamente e con un solo contratto, perchè il compratore possa prevalersi del diritto consacrato dall'art. 1670. L'art. 1671 soggiunge: « Se la vendita d'un fondo spettante a più persone non è stata fatta unitamente e per l'intero fondo, e ciascuna abbia venduta la sola sua parte, esse possono separatamente promuovere l'azione di recupera riguardo alla porzione che loro apparteneva. Il compratore non può astringere quello che la promuovesse in questo modo a redimere tutto il fondo ». Vi ha di tal disposto una ragione decisiva, ed è che, in questo caso, le vendite sono altrettante quanti i comproprietarii. Ciascuno può dunque esercitare il riscatto per la cosa che ha venduto. Il compratore che ha consentito a queste vendite distinte non può opporvisi, sostenendo di aver inteso acquistare e conservare integralmente la cosa, o integralmente restituirla. Questa pretesa sa-

(1) DUVERGIER, t. II, p. 66, n. 35. DURANTON, t. XVI, p. 431, n. 416, e TROPLONG, p. 387, n. 750. In senso contrario, MOURLON, t. III, p. 263, n. 650.
(2) Cfr. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 148, n. 115 *bis* II-VI.

rebbe in opposizione colle vendite parziali da lui consentite. Quando vi ha vendita separata e distinta delle varie parti indivise? È una questione di fatto, poichè tutto dipende dalla volontà dei contraenti. L'articolo suppone che la vendita sia stata fatta mediante un unico contratto, e congiuntamente dai diversi comproprietari. Se ne deve conchiudere che per ciò solo che la vendita è fatta mediante un solo contratto non vi ha che una sola vendita di tutto il fondo? No, perchè nulla impedisce di fare più vendite distinte mediante un unico atto. Non è l'unità dell'*atto* che bisogna considerare, ma l'unità del fatto giuridico (1).

415. Il riscatto è divisibile anche per quanto riguarda i compratori. Se l'acquirente lascia più eredi, il venditore non può esercitare il riscatto contro ciascuno che per la sua quota, finchè l'eredità è indivisa, poichè ciascuno degli eredi non è proprietario che della sua parte ereditaria. Quando l'eredità è divisa, bisogna distinguere. Se la cosa venduta con riscatto è stata divisa fra gli eredi, l'azione di riscatto si divide contro di loro, poichè, per effetto della divisione, ciascuno non è ritenuto proprietario che della sua quota. Egli non può restituire che la parte compresa nel suo lotto. Al contrario, se la cosa venduta è caduta per intiero nel lotto di uno degli eredi, il riscatto può essere esercitato contro di lui per la totalità. La legge dice che il venditore può ***intentare l'azione per la totalità.*** In quest'ultima ipotesi, è una facoltà ch'essa gli accorda. Essa non intende togliergli il diritto, che gli deriva dal contratto, d'agire contro ciascuno degli eredi per la sua parte ereditaria poichè ogni erede succede all' obbligazione contratta dal proprio autore per la sua quota, e quindi è, relativamente a questa, soggetto al riscatto, nè potrebbe liberarsi da un tale obbligo colla divisione. Se la legge permette al venditore d'agire per l'intero contro l'erede possessore della cosa, è perchè egli solo può restituirla per la totalità. Vi ha indivisibilità di pagamento, secondo l' articolo 1221, n. 2.

L' articolo 1672 riceve applicazione per analogia nel caso in cui più persone abbiano acquistato in comune un fondo con patto di riscatto. I principii sono identici. Se la legge non prevede l'ipotesi, è perchè questa è poco probabile (2).

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 68, n. 38.
(2) DURANTON, t. XVI, p. 433, n. 419, e tutti gli autori.

N. 5. — Effetto del riscatto.

416. Qual'è l'effetto del riscatto? Essendo il riscatto una condizione risolutiva, bisogna applicare il principio dell'art. 1183, colle conseguenze che ne risultano. Il diritto del compratore è annullato come se non fosse mai esistito, e, per conseguenza, tutti i diritti da lui consentiti sulla cosa venduta vengono a cadere. L'art. 1673 consacra questo principio: « Quando il venditore rientra in possesso del fondo in virtù del patto di riscatto lo riprende esente da tutti i pesi e dalle ipoteche di cui il compratore lo avesse gravato ». Ecco un serio inconveniente annesso ad ogni condizione risolutiva. È vero che i terzi possono, contrattando, chiedere comunicazione delle convenzioni precedentemente poste in essere da coloro coi quali stanno per contrattare (1), ma, se ebbero luogo più vendite successive, difficilmente lo fanno. La nostra legge ipotecaria ha pienamente tutelato l'interesse dei terzi prescrivendo la trascrizione degli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Il venditore con riscatto non può opporre il suo diritto ai terzi se non quando l'atto di vendita è stato trascritto e la trascrizione fa conoscere ai terzi la condizione risolutiva che colpisce la proprietà dell'acquirente. Essi contrattano dunque con cognizione di causa, e se stipulano diritti reali, sanno che questi diritti sono soggetti a risoluzione.

417. Vi ha un'eccezione agli effetti della risoluzione: « Il venditore è tenuto a mantenere le locazioni fatte senza frode dal compratore » (art. 1673). Stando al rigore dei principii, le locazioni consentite dal compratore dovrebbero essere risolte al pari dei diritti reali da lui concessi sulla cosa venduta, perchè non essendone mai stato proprietario, non aveva il potere di affittarla, come non lo aveva di alienarla o di aggravarla d'ipoteche o di servitù. Se la legge vuole che il venditore mantenga le locazioni, è perchè interessa tutte le parti ed è anche interesse pubblico che i beni siano locati a buoni locatarii, e specialmente a buoni affittuarii. Ora, l'acquirente non troverrebbe conduttori diligenti e capaci se essi dovessero temere di essere espulsi da un giorno all'altro coll'esercizio del riscatto (2).

La legge aggiunge che le locazioni devono essere fatte senza frode. La restrizione è di diritto, poichè la frode fa sempre eccezione. Spetta ai tribunali giudicare se la locazione è fraudolenta. S'insegna pure che è lo stesso della data, vale a dire che la locazione fa fede della sua data a riguardo del venditore, salvo il caso di frode. Il venditore, si dice, non può invocare l'articolo 1328, perchè non è un terzo. Egli ha affidato

(1) Duvergier, t. II, p. 90, n. 60.
(2) Faure, *Relazione*, n. 28 (Locré, t. VII, p. 98).

l'amministrazione e il godimento della cosa al compratore, e quindi questi è suo mandatario, e gli atti del mandatario fanno fede della loro data a riguardo del mandante (1). Non ammettiamo questa teoria di un mandato dato dal venditore al compratore. Se la legge mantiene le locazioni fatte dal compratore, è per deroga al principio della risoluzione. Quando la condizione risolutiva si verifica, il compratore non è stato nè proprietario, nè amministratore, nè mandatario, e finchè la condizione è in sospeso, egli non è mica amministratore, ma proprietario. Ora, un proprietario non è un mandatario. Bisogna dunque applicare l'art. 1328.

§ IV. — *Dell'effetto del patto di riscatto quando la condizione fallisce.*

418. Quando la condizione risolutiva fallisce, il contratto diviene irrevocabile. Se esso ha per oggetto la traslazione della proprietà, il diritto dell'acquirente non può più essere revocato e così accade pure dei diritti da lui concessi ai terzi, mentre i diritti consentiti dal venditore cadono, perchè, venendo a mancare la condizione risolutiva, il venditore ha cessato di essere proprietario dal momento della perfezione del contratto, e non ha potuto, per conseguenza, fare alcun atto di disposizione.

Resta a sapere quando la condizione debba ritenersi mancata. L'art. 1662 decide la questione: « Non proponendo il venditore la sua azione di riscatto nel termine prescritto, il compratore rimane proprietario irrevocabile ». Non occorre dunque un'intimazione; la decadenza ha luogo di pien diritto. È questa l'applicazione del principio che regge la condizione risolutiva espressa. Essa opera di pien diritto, perchè tale è la volontà delle parti contraenti, e manca pure di pien diritto, sempre in forza del contratto.

Il venditore incorre nella decadenza quando *non propone la sua azione nel termine prescritto*. Abbiamo già spiegato questa locuzione che non è perfettamente esatta. Il venditore esercita un *diritto*, non esercita un'*azione*, ed esercita il suo diritto usando del patto di riscatto nel termine, vale a dire dichiarando che la sua volontà è di riprendere la cosa venduta. Egli non è tenuto ad adempiere entro questo termine le obbligazioni che gli impone l'art. 1673, a meno che il contratto non ve l'obblighi.

419. Fu giudicato che il venditore non è decaduto quando per colpa del compratore non ha offerto, nel termine, il prezzo integrale del riscatto (2). Riconosciamo il principio senza ammettere però l'applicazione che ne ha fatto la Corte di Col-

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 161, n. 119 *bis*.
(2) Colmar, 1.° maggio 1811 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1506, 1.°).

mar. Il principio sta scritto nell'art. 1178: « La condizione si ritiene adempiuta quando il debitore obbligato sotto la medesima ne abbia impedito l'adempimento ». Ora, nella specie, debitore è l'acquirente, obbligato a restituire la cosa se il venditore, che è il creditore, adempie la condizione risolutiva. Ma per far ciò non occorre che egli paghi il prezzo, e nemmeno ne faccia l'offerta. Basta che dichiari la sua volontà d'usare del patto di riscatto. Accadrebbe altrimenti se il contratto portasse che il venditore deve fare, nel termine, i rimborsi prescritti dalla legge. In questo caso, sarebbe vero il dire, come ha giudicato la Corte di Bruxelles, che la mancanza di rimborso nel termine non importa la decadenza del venditore, se ebbe solo per causa il rifiuto del compratore di ricevere le offerte, d'altronde valide e sufficienti, che gli furono fatte (1).

Sezione III. — Della rescissione della vendita per causa di lesione.

§ I. — *Nozioni generali.*

420. « Se il venditore è stato leso oltre i sette dodicesimi nel prezzo di un immobile, ha diritto di chiedere la rescissione della vendita » (art. 1674). Per principio, la lesione non vizia le convenzioni. Solo in via eccezionale la legge ammette la rescissione per causa di lesione in materia di divisione e in materia di vendita. Abbiamo detto altrove qual'è il motivo della prima eccezione. Essa si giustifica perfettamente colla natura particolare della divisione, la quale è una semplice liquidazione di diritti preesistenti, liquidazione cui deve presiedere la più stretta eguaglianza. Ma l'eguaglianza delle parti contraenti non è essenziale alla vendita nè agli altri contratti commutativi, e per ciò appunto il codice ha posto come regola che la lesione non vizia il consenso. Quali sono dunque le ragioni particolari alla vendita per cui il legislatore ha ammesso il venditore di un immobile a chiedere la rescissione del contratto quando è leso oltre i sette duodecimi?

La questione è stata discussa lungamente in seno al Consiglio di Stato. I più distinti giureconsulti erano divisi. Se Berlier combattè vivamente il principio della rescissione, per contrario, Portalis ne prese la difesa, ed anche il primo console si pronunciò in favore del venditore. È molto probabile che la sua opinione abbia influito assai sulla maggioranza del Consiglio di Stato. Troplong

---

(1) Bruxelles, 10 agosto 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 207, e Dalloz, v. *Vente*, numero 1497, 3.°).

dice che questa discussione è un capolavoro di logica, d'erudizione e di profondità, e che simili dibattiti hanno valso al Consiglio di Stato di quel tempo l'ammirazione dei posteri. Troplong è colpito soprattutto, nelle gravi osservazioni presentate dal primo console, dal pronto intuito d'un uomo superiore e dalle riflessioni d'una politica alta e morale. Per conto nostro ci permettiamo di dubitare che questa ammirazione sia divisa da coloro che leggeranno i discorsi pronunciati al Consiglio di Stato e l'*Esposizione dei motivi* di Portalis (1). Non intendiamo certamente di rinnovare la discussione. Vi ha però una cosa che importa constatare, ed è che le ragioni giuridiche addotte dai fautori della rescissione conducono al falso. Un vecchio proverbio dice che chi prova troppo non prova nulla. Ora, è precisamente questo che hanno fatto Portalis, il primo console ed anche Troncnet, il quale, come giureconsulto, è infinitamente superiore a Portalis.

Il prezzo, dice Portalis, deve essere l'equivalente della cosa venduta, perchè la vendita è un contratto commutativo col quale si dà una cosa per ricevere l'equivalente. Quando il prezzo non corrisponde al valore della cosa, non vi ha un vero prezzo, e senza prezzo, il contratto manca di causa. Ecco il fondamento giuridico della rescissione per causa di lesione. Non si può dire altrettanto di tutti i contratti commutativi? Anche nella permuta una delle parti dà una cosa per riceverne l'equivalente. Se uno dei permutanti riceve in permuta una cosa che vale soltanto i cinque dodicesimi di quella che ha dato, potrebbe dire, alla lettera, ciò che Portalis dice in favore del venditore. Eppure il codice decide che la rescissione per causa di lesione non ha luogo nel contratto di permuta. Ed anche nella locazione il locatore non concede forse l'uso della cosa sua per ritirarne una pigione la quale ne è considerata come l'equivalente? Eppure la legge non gli permette di domandare la rescissione, quand'anche fosse leso oltre i sette dodicesimi. Se il motivo dato da Portalis è vero, bisogna trarne la conseguenza che tutti i contratti commutativi sono viziati dalla lesione. Ora, la legge dispone tutto il contrario. Bisognerebbe dunque, per la logica, dimostrare che il venditore si trova in una condizione speciale, ma questa prova non venne punto fornita. Più innanzi Portalis dice che la lesione enorme è un dolo. Anche qui la logica non è migliore. Se la lesione è un dolo nella vendita, perchè non è un dolo nella permuta, nella locazione e in tutti gli altri contratti commutativi? (2).

Non vi ha contratto di vendita, dice il primo console, quando

---

(1) Vedi la critica che il nostro compianto collega, M. ALLARD, ha fatto della rescissione della vendita per causa di lesione nella *Belgique judiciaire*, t. XXIII, pp. 146 e 162.

(2) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, nn. 31 e 38 (LOCRÉ, t. VII, pp. 79 e 82).

non si riceve l'equivalente di ciò che si dà (1). È questa la logica che Troplong tanto ammira? Il console non s'avvede ch'egli fa la critica della sua propria opera. Chi vende un immobile, e non riceve l'equivalente legale, può domandare la rescissione. Chi vende un diamante ed è leso per sette dodicesimi non può invece chiedere la rescissione del contratto. Ed è Napoleone che ha fatto decidere così! L'inconseguenza è manifesta. Non vi ha vendita quando io vendo una bicocca per i cinque dodicesimi del suo valore, e vi ha vendita quando vendo un mobile prezioso, un gioiello di famiglia per il quarto di quello che vale! E perchè non si permette al compratore d'invocare la massima del primo console? Se egli paga una cosa tre volte più di quello che vale, non riceve certo l'equivalente di ciò che dà, eppure il codice dice che la rescissione per lesione non ha luogo in favore del compratore (articolo 1683).

Questo difetto di logica si può perdonare a un soldato, ma come spiegarle in Tronchet, primo presidente della Corte di cassazione, e certo il migliore giureconsulto del Consiglio di Stato? A suo dire, la rescissione per causa di lesione non sarebbe che l'applicazione al contratto di vendita dei principii generali sulle convenzioni. Questi principii stabiliscono che non vi ha contratto senza consenso. Ora, non vi ha consenso nella vendita quando il venditore è leso oltre i sette dodicesimi. Se il venditore consente, è per una *specie di violenza*. Una *specie di violenza!* Ecco un linguaggio poco giuridico. Vi ha violenza o non vi ha. Se il consenso del venditore non è stato libero, questi può domandare la rescissione per causa di violenza. E se la lesione costituisce una specie particolare di violenza, bisogna ammetterla a favore del compratore, bisogna ammetterla nelle vendite mobiliari, bisogna ammetterla nella permuta e in tutti i contratti commutativi. Era questo appunto il concetto di Tronchet. Il principio dell'azione di rescissione, egli dice, risiede nella natura del contratto di vendita, il quale è commutativo. Tronchet, imbevuto dell'antico diritto che ammetteva la lesione come vizio del consenso nei contratti commutativi, dimenticava che il codice dispone il contrario, e che, quindi, la rescissione per causa di lesione è un'eccezione. Questa deroga doveva essere giustificata mediante motivi eccezionali, e non coll'invocare i principii generali che governano i contratti commutativi (2).

421. « La rescissione a titolo di lesione non ha luogo in favore del compratore » (art. 1683). Volendosi tenere ai motivi che si esposero in seno al Consiglio di Stato per giustificare la rescissione

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 25 nevoso anno XII (LOCRÉ, t. VII, p. 48).

(2) Seduta del Consiglio di Stato del 21 nevoso anno XII (LOCRÉ, t. VII, p. 49), e del 7 piovoso anno XII (LOCRÉ, p. 51).

per causa di lesione, nell'interesse del venditore, bisognerebbe dire che la legge è molto inconseguente. Perchè gli autori del codice civile hanno rifiutato al compratore un diritto che accordano al venditore? Lasciamo la parola a Portalis: « Si è creduto che la condizione di chi vende inspiri inquietudini sempre estranee alla condizione di chi acquista. Si può vendere per bisogno, per necessità. Sarebbe ben triste che un acquirente avido potesse approfittare della miseria del bisogno di una persona per allettarla a consumare la sua rovina, cercando di trar profitto delle sue spoglie. Per l'acquirente non sussistono analoghi timori. Non si è mai costretti ad acquistare. Chi fa un acquisto è, presumibilmente, nell'agiatezza » (1).

422. L'azione di rescissione spetta al venditore soltanto nelle vendite immobiliari. Perchè la legge non gliela accorda nelle vendite di mobili? Udiamo gli autori del codice, e innanzi tutto il primo console: « Si domanda perchè tal decisione non sia da accogliere nelle vendite di mobili. Non si vede che la legge sulla rescissione è una legge d'ordine morale che ha per oggetto il territorio? Poco importa in qual modo un individuo disponga dei suoi diamanti o dei suoi quadri; ma alla società non è certo indifferente il modo con cui dispone della sua proprietà territoriale » (2). Napoleone era, sotto molti riguardi, l'uomo del passato. Ai suoi occhi, la proprietà territoriale è la proprietà per eccellenza. Partendo da questo conceto tentò di resuscitare i feudi. Egli sdegna quasi la proprietà mobiliare, come i nostri vecchi giureconsulti del secolo XVI. *Vilis mobilium possessio.*

Tanto valeva di conoscere completamente la tendenza delle società moderne. Nell'*Esposizione dei motivi* di Portalis non si parla più dell'importanza sociale della proprietà immobiliare. L'oratore del governo invoca, al contrario, l'interesse del commercio: « I frequenti trasporti degli oggetti mobiliari e l'estrema variazione nel prezzo dei medesimi renderebbero impossibile un sistema rescissorio per causa di lesione nella compera e nella vendita di simili oggetti, dove non si voglia gettare un turbamento universale in tutte le relazioni commerciali, ed arrestare il corso delle operazioni giornaliere della vita. In queste materie bisogna far più caso della pubblica libertà del commercio che dell'interesse particolare di qualche cittadino » (3). Queste considerazioni sono alquanto esagerate. Si direbbe che tutte le transazioni commerciali siano affette da lesione. Ma non è così. Le parti contraenti sanno vegliare benissimo ai loro interessi. Pochissime sono le vendite,

---

(1) Portalis, *Esposizione dei motivi*, n. 41 (Locré, t. VII, p. 85).
(2) Seduta del Consiglio di Stato del 21 nevoso anno XII (Locré, t. VII, p. 47).
(3) Portalis, *Esposizione dei motivi*, n. 39 (Locré, t. VII, p. 83).

mobiliari o immobiliari, che siano viziate dalla lesione. Il proprietario che ha bisogno di denaro riesce facilmente a vendere i suoi beni senza subire la legge d'un avido compratore. Però la vendita degli effetti mobiliari è più agevole, perchè si possono trasportare da un luogo in cui non troverebbero compratori in un altro in cui i compratori abbondano. Ecco una ragione pratica che si può invocare per giustificare la distinzione che il codice fa tra i mobili e gli immobili (1).

423. La disposizione che limita la rescissione agli immobili solleva qualche difficoltà nell'applicazione. Può farsi luogo alla rescissione quando la vendita ha per oggetto diritti reali immobiliari, come l'enfiteusi? Secondo la lettera della legge, bisogna rispondere affermativamente, poichè essa parla in termini generali degli immobili (2). Vi ha però un motivo di dubitare. Gli autori della legge ebbero di mira la proprietà territoriale, il suolo. Napoleone non pensava certo ai diritti reali immobiliari; Portalis parla delle cose immobiliari; Faure e Grenier s'esprimono nello stesso modo. Il testo è concepito in questo senso. Gli articoli 1681 e 1682 parlano del fondo, del terzo possessore, dei frutti della cosa. Però queste espressioni sono tutt'altro che decisive. La legge ha preveduto il caso ordinario, o, per meglio dire, lo ha supposto, poichè il testo non ha assolutamente nulla di restrittivo, e quando la parola *immobili* è presa in opposizione alla parola *mobili*, come nella specie, comprende tutto ciò che la legge reputa immobile, e quindi anche i diritti reali immobiliari (3).

424. La vendita comprende oggetti mobili e immobili, per esempio, una casa con tutto ciò che vi si trova, e il contratto non indica un prezzo particolare per i mobili. Vi sarà luogo, in questo caso, alla rescissione? L'affermativa non è dubbia. Questa vendita è a un tempo mobiliare e immobiliare. In quanto è immobiliare, va soggetta a rescissione. Rimane a sapere come si calcolerà la lesione. Bisogna cominciare col fare una ventilazione, vale a dire stimare i mobili e gli immobili, allo scopo di determinare la porzione del prezzo stipulata per gli immobili, e su questa somma si farà il calcolo ordinario, per mezzo di perizia, come diremo più avanti (4).

425. La rescissione per causa di lesione è ammessa, per regola generale, in ogni vendita d'immobili, anche nella vendita con clausola di riscatto. L'art. 1676 decide la questione per quest'ultima ipotesi. In tal caso la vendita può essere

(1) Cfr. DURANTON, t. XVI, p. 454, n. 438. DUVERGIER, t. II, p. 110, n. 72. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 162, n. 120 *bis* I.

(2) DUVERGIER, t. II, p. 112, n. 73. Nello stesso senso, DURANTON e TROPLONG. Se AUBRY e RAU si pronunciano contro la rescissione dell'enfiteusi, è perchè essi considerano l'enfiteusi come un diritto mobiliare (t. IV, p. 413, nota 2, § 358).

(3) In senso contrario, ALLARD, *Belgique judiciaire*, t. XXIII, p. 163, n. VII.

(4) DURANTON, t. XVI, p. 455, n. 439, e tutti gli autori.

annullata per due cause, una condizione risolutiva ed un'azione di rescissione o di nullità. Ciascuna di queste azioni ha i suoi vantaggi. Il venditore sceglierà quella che gli è più vantaggiosa (1). La durata dell'azione di risoluzione può essere più lunga che quella dell'azione di rescissione. Questa non è più ammissibile dopo trascorsi due anni dal giorno della vendita, mentre il riscatto può essere stipulato per cinque anni. Può dunque accadere che l'azione di rescissione sia prescritta, ma che il venditore si trovi ancora in termini per esercitare il riscatto. La rescissione è soggetta a condizioni rigorose, quanto alla prova della lesione, mentre il venditore può far uso del riscatto purchè lo voglia. Quando domanda la rescissione, non è sicuro di rientrare nella proprietà della cosa venduta, perchè il compratore può scegliere di ritenere il fondo pagando il supplemento al giusto prezzo, colla deduzione di un decimo del prezzo totale (art. 1681). Il riscatto, al contrario, risolve la vendita, e il venditore riprende la cosa sua senza perdita alcuna.

Vi hanno altre differenze fra le due azioni per ciò che concerne le obbligazioni imposte al venditore. Il venditore con riscatto deve rimborsare le spese e gli altri legittimi pagamenti, che possono essere considerevoli, mentre chi domanda la rescissione non sopporta le spese. Sotto questo rapporto, l'azione di rescissione è più vantaggiosa (2). Non occorre continuare il parallelo. Non fa mestieri che la scienza insegni agli uomini qual sia il loro interesse. Essi sanno discernerlo meglio assai del più sottile giureconsulto.

426. Il principio che la rescissione ha luogo in qualsiasi vendita d'immobili subisce delle eccezioni. A termini dell'art. 1684, non si fa luogo alla rescissione in « tutte le vendite che, a termini di legge, non possono seguire coll'intervento dell'autorità giudiziale ». È molto difficile precisare il motivo di questa eccezione. Portalis, che ha trattata con molta cura la materia della rescissione, s'esprime come segue: « Quando interviene fra gli uomini l'autorità giudiziale, allontana ogni sospetto d'inganno e di frode. Essa garantisce loro la maggior sicurezza ». Senza dubbio, ma può esservi lesione anche senza inganno e frode. Accadrà di rado che una vendita giudiziale sia affetta da lesione, ma insomma, se questo accade, perchè non si permette al venditore di domandarne la rescissione? Faure, relatore del Tribunato, risponde: « Le vendite giudiziali richiedono processi verbali, affissioni ed altre formalità le quali rendono impossibile il timore che la vendita non sia stata abbastanza pubblica, che non si siano presentati bastanti offe-

---

(1) Bourges, 21 marzo 1827 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1584).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 167, n. 122 *bis* III e IV. MOURLON, t. III, p. 268, n. 670.

renti, e che infine la cosa non sia stata venduta presso a poco per la somma che era possibile ricavarne » (1). Ecco una ragione pratica che generalmente giustifica la legge. Però il legislatore avrebbe dovuto mantenere il diritto del venditore, salvo a lui vedere se ha interesse ad usarne. Se non si è presentato un maggior numero d'offerenti alla prima vendita, non se ne può sempre conchiudere che non se ne presenteranno di più ad una nuova vendita.

L'art. 1684 è concepito in termini restrittivi. Esso non dice che la rescissione non ha luogo in nessuna vendita giudiziale, ma limita l'eccezione alle vendite che, secondo la legge, non possono farsi se non mediante autorità giudiziaria. Bisogna dunque vedere, dice Grenier, l'oratore del Tribunato, se la vendita ha per principio la volontà libera di coloro i cui beni sono venduti, o se l'intervento dell'autorità giudiziaria sia assolutamente necessario, secondo la legge, perchè la vendita abbia effetto. La vendita non sarà rescindibile se è l'autorità giudiziaria che vende per supplire alla mancanza di *volontà* o di *capacità* da parte di colui la cui proprietà è venduta. Essa sarà, al contrario, soggetta a rescissione se la vendita si fa giudizialmente per la volontà delle parti interessate (2). Carentemente a ciò, fu giudicato, che l'art. 1684 è applicabile alle vendite in seguito ad espropriazione forzata e alle vendite dei beni di minori o degli interdetti, ma non lo è ad una licitazione giudiziaria fatta fra coeredi presenti, maggiorenni e previamente capaci (3).

427. Nell'*Esposizione dei motivi* Portalis dichiara che l'azione di rescissione per causa di lesione non ha luogo nelle vendite aleatorie, e definisce la vendita aleatoria quella che cade su cose incerte (4). Il codice non consacra questa eccezione, e il legislatore ha fatto bene a non accogliere le idee di Portalis. In teoria, un contratto aleatorio esclude ogni idea di lesione. Se oggetto della vendita, è un'alea e se quest'alea è uguale per entrambe le parti, quella che perde non può dire di essere lesa, perchè avrebbe potuto guadagnare. Il prezzo, in questo caso, è pagato, non come equivalente della cosa, ma come equivalente dell'alea. Ne consegue che, se l'alea è realmente uguale, il venditore non può chiedere la rescissione per causa di lesione. Ma resta sempre a determinarsi, in fatto, se l'alea tanto per il guadagno quanto per la perdita sia stata uguale per ciascuna delle parti. Ora, può avvenire che la vendita, sebbene cada sopra una cosa incerta, e sebbene il prezzo

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, n. 43. FAURE, *Relazione*, n. 29 (LOCRÉ, t. VII, pp. 85 e 100).
(2) GRENIER, *Discorsi*, n. 35 (LOCRÉ, t. VII, p. 115).
(3) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. IV, p. 415 e seg., e note 13 e 14, § 358, e la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1580 e 1581.
(4) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, n. 37 (LOCRÉ, t. VII, p. 81).

medesimo sia aleatorio, nel senso che è incerto, presenti tuttavia un guadagno sicuro pel compratore ed una perdita inevitabile pel venditore. Se questa perdita raggiunge i sette dodicesimi, vi sarà luogo a rescissione per causa di lesione (1).

Il caso si è presentato davanti la Corte suprema. Trattavasi vendita di diritti successorii fatta *a forfait*. Ecco senza dubbio una cosa incerta, nel senso che l'ammontare dei beni e degli oneri è più o meno indeterminato. Il prezzo consisteva in una rendita vitalizia, la quale è incerta per sua natura, poichè dipende dalla vita e dalla morte del creditore della rendita. Malgrado questa duplice incertezza, la Corte di Lione giudicò che vi era lesione di oltre sette dodicesimi, e, sul ricorso, la Cassazione pronunciò una sentenza di rigetto egregiamente motivata, sulle conclusioni di Hardoin. Nel caso concreto, la vendita dei diritti successorii non aveva nulla d'aleatorio. La consistenza dei beni ereditarii era perfettamente conosciuta e determinata, come pure i pesi imposti al compratore, e quindi la vendita era soggetta al diritto comune in quanto concerne la lesione. Rimaneva a vedere se non fosse aleatorio il prezzo. Ora, la sentenza impugnata constatava, in fatto, che gli acquirenti, dopo aver pagato, con una parte dei fondi alienati, i debiti che erano incaricati di estinguere, erano ancor possessori di immobili il cui valore venale avrebbe potuto produrre interessi almeno eguali, se non superiori, al tasso della rendita vitalizia che s'obbligavano di corrispondere al venditore; di modo che, dice la Corte di Lione, gli acquirenti avrebbero potuto appropriarsi la quasi totalità del valore capitale dei beni alienati, senza aprire la borsa e senza serio equivalente. La Corte di cassazione ne conchiude che la rendita vitalizia non ammetteva alcun'alea, nè alcuna incertezza per gli acquirenti, che mancava, quindi, uno degli elementi essenziali che costituiscono il contratto aleatorio. Questo era decisivo in favore della rescissione per causa di lesione (2).

In un'altra specie, la Corte suprema ha cassato una sentenza che aveva ammesso la rescissione d'una vendita fatta col corrispettivo di una rendita vitalizia. La sentenza impugnata si fondava unicamente sull'età e la salute dei creditori della rendita. Ne aveva conchiuso che non era probabile che vivessero oltre i settantanove anni. Partendo da questa base si giungeva alla conclusione che vi fosse lesione superiore ai sette dodicesimi. La Cassazione constata che la rendita vitalizia superava i redditi dell'immobile venduto: quindi il guadagno e la perdita

---

(1) MARCADÉ, t. VI, p. 310, n. II dell'art. 1674. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 162, n. 120 *bis* II. DUVERGIER, t. II, p. 114, n. 75. AUBRY e RAU, t. IV, p. 414 e seg., § 358.

(2) Rigetto, 16 luglio 1856 (DALLOZ, 1857, 1, 283). Cfr. Orléans, 26 maggio 1831 e rigetto, 28 dicembre 1831 (DALLOZ, v. *Rente viagère*, p. 72, 2.°).

erano aleatorii per entrambi i contraenti, tutto dipendendo dalla incerta durata della vita dei creditori della rendita. La Corte d'appello aveva fissato arbitrariamente la durata della vita dei venditori, ed era giunta così a trasformare un contratto aleatorio in un contratto non aleatorio (1). Quando, all'opposto, la rendita è inferiore al reddito non vi ha più rischio di perdita pel compratore, ma invece perdita certa pel venditore. In questo caso, il giudice del fatto può decidere che la perdita eccede i sette dodicesimi e, per conseguenza, rescindere la vendita (2).

428. La giurisprudenza delle Corti del Belgio è nello stesso senso (3). Si supponga che la nuda proprietà formi oggetto della vendita, e che il prezzo consista in una rendita vitalizia. Anche la nuda proprietà è cosa incerta, poichè il suo valore dipende dalla vita dell'usufruttuario, che è soggetta ad eventualità provvidenzialmente ignote all'uomo. Il contratto è dunque aleatorio, ma, dice la Corte di Bruxelles, nessuna legge dichiara che i contratti aleatorii non possono essere rescissi per causa di lesione. Essi rimangono dunque soggetti alla rescissione, a meno che sia impossibile constatare la lesione per l'incertezza assoluta intorno al valore della cosa venduta ed al prezzo. Ne risulta che la rescissione d'un contratto aleatorio può essere pronunciata ben di rado. Ma da ciò non si deve conchiudere che per l'azione non sia ammissibile unicamente perchè la vendita è aleatoria. Infatti, possono presentarsi circostanze in cui, ammettendo le eventualità più favorevoli al venditore, la lesione dei sette dodicesimi sia stabilita con certezza evidente, sia per l'età o lo stato di salute del venditore, sia per la viltà del prezzo. Nel caso concreto, una vedova aveva venduto la nuda proprietà di tutti i suoi diritti successorii immobiliari nella eredità della propria figlia mediante una rendita vitalizia di trecento lire. La nuda proprietà era certa e conosciuta. La denunzia fatta dal compratore la valutava ad undicimila lire. La venditrice aveva più di ottantotto anni. La vendita offriva dunque grandi eventualità di guadagno pel compratore e di perdita pel venditore. Tuttavia la Corte non pronunciò la rescissione, perchè non era stabilito che la perdita raggiungesse i sette dodicesimi. Invano gli attori allegavano le probabilità di vita calcolate colle tavole di mortalità e i calcoli delle società d'assicurazione. La Corte risponde che la rescissione non può essere fondata sopra semplici probabilità, ma occorre la prova della lesione oltre i sette dodicesimi, e questa

---

(1) Cassazione, 31 dicembre 1853 (Dalloz, 1856, 1, 19).

(2) Rigetto, 13 novembre 1867 (Dalloz, 1868, 1, 344). Cfr. le decisioni in senso diverso, raccolte nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Vente*, n. 1576. Bisogna aggiungere Montpellier, 8 dicembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 120), e Caen, 3 maggio 1870 (Dalloz, 1871, 2, 213).

(3) Gand, 5 maggio 1854 e 21 marzo 1857 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 331 e 1857, 2, 137).

prova non essendo stata fornita, l'azione non poteva essere ammessa (1).

Il tribunale di Gand ha pronunciato la rescissione della vendita d'una nuda proprietà col corrispettivo di una rendita vitalizia, calcolando il valore della cosa venduta avuto riguardo all'età avanzata degli usufruttuarii (2). Vi ha contraddizione fra questa decisione e quella della Corte di Bruxelles? No, perchè i principii sono identici. Soltanto, in un caso, la Corte decide che il calcolo della lesione è impossibile, mentre, nell'altro, il tribunale stabilisce la lesione fondandosi sulle circostanze della causa. E notiamo che il tribunale non dice, come aveva fatto la sentenza cassata dalla Corte suprema, che la vita degli usufruttuarii non poteva oltrepassare il tal termine, perchè si verrebbe ad erigere in certezza ciò che non è che una probabilità. Il tribunale ha giudicato dall'insieme delle circostanze della causa.

Vi ha una sentenza della Corte di Montpellier che respinge la domanda di rescissione, in via di massima, perchè la vendita d'una nuda proprietà è necessariamente aleatoria (3). La decisione è troppo assoluta ed, in realtà, contraria alla legge, perchè nessuna legge dispone che i contratti aleatori non sono soggetti a rescissione.

429. Le stesse difficoltà si incontrano nella vendita d'un usufrutto. È stato giudicato che questa vendita non è rescindibile per causa di lesione, perchè il beneficio e la perdita, dipendendo dal caso, sfuggono ad ogni apprezzamento positivo (4). Ciò è vero in generale, ma non può affermarsi in modo assoluto. Il giudice deve decidere in fatto, e non in diritto. Così ha proceduto la Corte di Bordeaux. Essa ha giudicato che non vi era luogo a rescissione, perchè la lesione non raggiungeva i sette dodicesimi. Il ricorso per cassazione propose altre basi di calcolo, secondo le quali vi sarebbe stata lesione. La Corte eliminò queste difficoltà di fatto, perchè di competenza esclusiva del magistrato d'appello (5).

430. L'art. 1674, dopo aver detto che il venditore, leso oltre i sette dodicesimi, può domandare la rescissione, soggiunge: « Quand'anche nel contratto avesse rinunziato espressamente alla facoltà di chiederla ». Portalis ne dà la ragione: « Un tal patto sarebbe contrario ai buoni costumi. Esso non sarebbe sovente che il risultato del dolo e dei raggiri d'un acquirente di mala fede, il quale strapperebbe questa specie di rinunzia prematura alla sventura e alla miseria. Inoltre,

---

(1) Bruxelles, 9 maggio 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 233).
(2) Sentenza del 21 maggio 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 315).
(3) Montpellier, 6 maggio 1831 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1573).
(4) Bourges, 11 febbraio 1840 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1573).
(5) Rigetto, 9 luglio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 385).

autorizzare, nei contratti di vendita, la rinuncia all'azione rescissoria, sarebbe significato distruggere questa azione. Ogni compratore avrebbe richiesto la clausola, e la legge non avrebbe prestato che un soccorso impotente e illusorio all'infelice e all'oppresso » (1).

La legge annulla la rinuncia che si facesse nel contratto. Questo implica che la rinuncia che interviene dopo il contratto è valida, ma bisogna vedere sotto quali condizioni. Rinunciare ad un'azione di nullità o di rescissione vuol dire confermare la convenzione. Ora, ogni nullità può sanarsi colla conferma, purchè la conferma sia di tal natura da distruggere il vizio che colpisce l'atto e che lo rende nullo. Abbiamo esposto, al titolo delle *Obbligazioni*, le condizioni richieste perchè vi sia conferma. Queste condizioni si applicano alla rescissione per causa di lesione.

Si presenta una difficoltà speciale riguardo al vizio di lesione. Sta il principio che la conferma è nulla quando è viziata dalla stessa causa che vizia il contratto. Se è il dolo o l'errore che viziano la convenzione, non può esservi conferma che quando il dolo e l'errore sono stati conosciuti. Se è la violenza, bisogna che la violenza sia cessata (articoli 1338 e 1304). Quando si può dire che il vizio di lesione è cessato? Secondo la teoria del codice, la lesione è una specie di violenza morale. Il venditore non consente a vendere con una lesione enorme se non perchè si trova in bisogno pressante di denaro. Ecco il vizio. Dunque, finchè il prezzo non è pagato, il vizio di lesione sussiste. Invano il venditore non pagato confermerebbe. La sua conferma sarebbe essa pure viziata dalla lesione; perchè egli non consente a confermare che per ricevere il prezzo. La conferma non può dunque intervenire che dopo il pagamento del prezzo. Una volta pagato il prezzo, il venditore gode della sua piena libertà, e, per conseguenza, può rinunciare all'azione di rescissione (2).

In base a questo principio va risoluta la questione di sapere se la conferma tacita sia ammessa in materia di vendita. L'articolo 1338 dice che l'*esecuzione volontaria* importa rinuncia all'azione di nullità. Devesi conchiudere da ciò che il venditore il quale eseguisce il contratto consegnando la cosa e ricevendone il prezzo conferma la vendita e rinuncia all'azione di rescissione? No, perchè l'esecuzione, da parte sua, non è *volontaria* nel senso dell'art. 1338. Perchè sia volontaria, bisogna che il venditore abbia avuto l'intenzione di rinunciare al diritto che gli appartiene di domandare la nullità della vendita. Ora, se egli consegna la cosa, gli è perchè deve farlo per riscuotere il prezzo, e se riceve il prezzo, lo fa perchè vi è costretto dal bi-

---

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*. n. 44 (LOCRÉ, t. VII, p. 85).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 164, n. 120 *bis* VI.

sogno che lo ha forzato a vendere con una lesione di sette dodicesimi. Dunque l'esecuzione da parte del venditore leso non è mai volontaria e, quindi, non può essere considerata come una conferma (1).

La giurisprudenza sembra contentarsi della conoscenza del vizio all'atto dell'esecuzione. È certo che il venditore il quale eseguisce la vendita, quando non conosce il vizio di lesione, non conferma il contratto. È questo il diritto comune (2). Ma, supponendo ch'egli conosca il vizio al momento in cui eseguisce la vendita, questa esecuzione non equivarrebbe a conferma, perchè non è volontaria nel senso dell'art. 1338. Il venditore fa la consegna e riceve il prezzo, non coll'intenzione di rinunciare al suo diritto di rescissione, ma perchè la violenza morale che lo ha spinto a vendere lo costringe anche ad eseguire il contratto.

431. L'art. 1674 prevede ancora un'altra specie di rinuncia. È detto nel contratto che il venditore dona il di più del valore. Questa dichiarazione va presa sul serio? La legge dice che il venditore potrà tuttavia domandare la rescissione della vendita. Essa suppone che la dichiarazione di donare i sette dodicesimi è una rinuncia sotto un'altra forma. È certo che se il venditore si trova nella condizione che il legislatore ha supposto, se ha un bisogno pressante di denaro, non avrà la minima voglia di fare una liberalità. Dichiarare ch'egli intende donare a chi abusa del suo stato di povertà, per comperare la cosa a un prezzo di lesione, è fare un cattivo scherzo. Tuttavia la legge presume che sia così. Può accadere che una vendita fatta fra prossimi parenti, per un prezzo bassissimo, contenga realmente una liberalità. La legge non vuole nè può privare il venditore del diritto di donare tutta o parte della sua cosa. Ma toccherà al compratore dimostrare che la donazione è seria, perchè egli domanda che il giudice convalidi una clausola che la legge presume non essere che una rinuncia simulata. Egli domanda dunque di provare contro la presunzione della legge. È a lui che la prova incombe. Il caso si è presentato davanti la Corte di Bruxelles per una vendita fatta da uno zio al nipote. La Corte ha respinto la domanda di rescissione, perchè risultava dalle circostanze della causa che il venditore aveva voluto beneficare il compratore (3).

432. Il diritto di domandare la rescissione cessa quando la cosa perisce per caso fortuito. Nell'antico diritto la questione era controversa. Si sosteneva che il compratore fosse tenuto all'obbligazione alternativa di restituire la cosa o di pagare

---

(1) Duranton, t. XVI, p. 453, n. 417. Aubry e Rau, t. IV, p. 414, nota 3, § 358.

(2) Cassazione, 19 dicembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 31). Bruxelles, 22 aprile 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 346).

(3) Bruxelles, 1.° maggio 1833, e rigetto, 14 luglio 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 1, 286). La dottrina è nello stesso senso (Duranton, t. XVI, p. 450, n. 434).

il supplemento del giusto prezzo. Ora, la perdita di una delle cose comprese nell'obbligazione alternativa non estingue l'obbligazione, ma la riduce a quella che rimane (art. 1193). Pothier risponde giustamente che l'obbligazione del compratore consiste soltanto nel restituire la cosa. Quanto al diritto di conservarla pagando un supplemento del giusto prezzo, è una facoltà che gli accorda la legge. La sua obbligazione è dunque facoltativa, e conseguentemente la perdita della sola cosa che sia dovuta estingue l'obbligazione. Pothier, il quale ama dimostrare che il diritto è in armonia coll'equità, soggiunge: « Per quanto svantaggioso sia il contratto in sè stesso, il venditore non ha diritto di lagnarsi dell'avvenimento, ma piuttosto di felicitarsene, poichè se non avesse fatta la vendita, avrebbe perduto la cosa alienata e non avrebbe avuto il prezzo ricevuto ». Va da sè che tale è l'opinione degli scrittori moderni (1).

§ II. — *Quando vi ha lesione?*

433. Nella lunga discussione che ebbe luogo al Consiglio di Stato intorno alla rescissione per causa di lesione, gli avversari di questa sostennero che era difficilissimo, per non dire impossibile, provare l'esistenza della lesione. Per rispondere a queste obbiezioni gli autori del codice hanno trattato dettagliatamente una materia che appartiene piuttosto alla procedura. L'art. 1675 comincia collo stabilire un principio sul quale non potrebbe esservi contestazione: « Per conoscere se vi è lesione oltre i sette dodicesimi, si deve stimare l'immobile secondo il suo stato e valore *al tempo della vendita* ». È la lesione che il venditore prova all'atto della vendita che gli dà il diritto d'agire, perchè è in quel momento ch'egli subisce la violenza morale che lo costringe a vendere con perdita per procurarsi il denaro di cui ha pressante bisogno (2). La stima si fa col mezzo di periti (art. 1678). Questi devono, per conseguenza, stimare l'immobile, non secondo ciò che vale, quando fanno la loro perizia, ma secondo ciò che valeva all'atto della vendita, prendendo in considerazione lo *stato* della cosa a quel *tempo* e il suo *valore*. Per *stato*, la legge intende la condizione materiale dell'immobile. Questo può essere in buono o in cattivo stato. Esso può cambiare dopo la vendita. L'immobile può essere deteriorato o migliorato, può anche ricevere degli accrescimenti per avvenimenti naturali, come l'alluvione. I periti non terranno alcun conto dei fatti

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 348. DUVERGIER, t. II, p. 147, n. 102.
(2) Rigetto, 24 luglio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 408).

posteriori alla vendita che avranno modificato lo stato della cosa. Quanto al valore, esso si determina non solo in base allo stato dell'immobile al momento della vendita, ma anche secondo il prezzo corrente degli immobili della stessa natura a quel tempo. La legge economica della proprietà immobiliare è ch'essa aumenti di valore; ma talvolta ribassa, come in tempo di rivoluzione e di guerra. Chi vende allorchè il valore degli immobili era ribassato non può dirsi leso quando, le circostanze politiche cambiando, il valore medesimo si rialza (1).

È in base a queste regole che i periti stimeranno il giusto prezzo dell'immobile all'atto della vendita e, per conseguenza, la lesione. In seno al Consiglio di Stato si obbiettava che il giusto prezzo è un'astrazione, tutto dipendendo dalle circostanze individuali in cui si trovano le parti contraenti. Portalis risponde che questo è il prezzo convenzionale, il quale è essenzialmente variabile. Il giusto prezzo è il prezzo comune, quello che la cosa ha secondo l'opinione dei più. Portalis ha ragione di dire, sotto questo punto di vista, che la condizione ed i bisogni di tutti i venditori e di tutti i compratori, o del maggior numero, differiscono ben poco, se si considerano le cose e gli uomini nello stesso tempo, nello stesso luogo e nelle stesse circostanze. Ora, è da questa uniformità di condizione e di bisogni che si forma, nell'opinione pubblica, una specie di prezzo comune o corrente, che dà alle cose un valore quasi certo, finchè sussistono le stesse circostanze. Ecco il giusto prezzo (2).

434. La Corte di Grenoble e la Cassazione hanno fatto l'applicazione di questi principii nel caso seguente. Trattavasi della vendita del lotto d'una successione ad uno dei condividenti per ottocentoquaranta lire. I periti stimano che i beni venduti ne valgano milleottocentocinquanta, il che non dava luogo a lesione oltre i sette dodicesimi. A pro del veditore si sostenne doversi aggiungere alla stima anzitutto il valore particolare che il lotto aveva pel compratore, data la situazione delle altre sue proprietà. Il primo giudice ammise questa pretesa, ma, prodotto appello, la Corte di Grenoble decise che il valore di convenienza dipendeva, nella specie, dall'opinione personale del compratore e dal prezzo che la situazione delle altre sue proprietà gli faceva attribuire all'acquisto degli immobili compresi nel lotto che aveva comperato. Ora, questo valore è puramente arbitrario, e non si fonda sopra alcuna base desunta dal prezzo degli immobili della stessa natura e della stessa località, quindi non è suscettibile di stima e non deve far parte del giusto prezzo secondo l'art. 1675, perchè questo prezzo deve essere stimato secondo la comune opinione, e non sopra

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 165, n. 121 *bis*.
(2) Portalis, *Esposizione dei motivi*, n. 31 (Locré, t. VII, p. 79).

predilezioni private e convenienze individuali. La Corte cita le leggi romane. Era meglio invocare le parole di Portalis, uno degli autori della legge e gran partigiano della rescissione. Sul ricorso, la Corte di cassazione decise, in via di massima, che la convenienza che può motivare una valutazione più elevata d'un immobile non è quella che si dedurrebbe dall'opinione o dalla condizione particolare di una delle parti, ma quella soltanto che risulterebbe dall'opinione comune e che altri interessati potrebbero egualmente apprezzare. Se la convenienza è puramente individuale, il venditore non risente alcun pregiudizio, perchè non avrebbe ottenuto dalla sua cosa un prezzo superiore vendendola ad altre persone.

Il venditore impugnava la stima dei periti anche per un'altra ragione. Essi avrebbero dovuto, secondo lui, tener conto del maggior valore che doveva risultare dalla prossima espropriazione dell'immobile per causa di pubblica utilità. Questo sarebbe giusto, dice la Corte di Grenoble, se la via di comunicazione di cui si trattava fosse già stata decretata e l'indennità fosse stata regolata al tempo della vendita. Ma, nella specie, nulla era deciso, non erano corse trattative relativamente all'indennità, e quello che era decisivo, l'espropriazione che fu in seguito consumata non diede, in forza delle circostanze, all'immobile un prezzo superiore al suo valore primitivo (1).

435. È stato giudicato che bisognava tener conto, nella stima del valore dell'immobile all'atto del contratto, dei raccolti pendenti in quel tempo. Per verità, questi raccolti fanno parte dell'immobile a titolo d'accessorio. Al contrario, la parte del raccolto o, se del caso, tutto il raccolto staccato dal suolo cessa d'essere immobiliare. Se i frutti raccolti rientrano nella vendita, bisogna dedurli, poichè la vendita è, in questo caso, in parte mobiliare, in parte immobiliare, e la rescissione non potrà essere pronunciata se non nell'ipotesi in cui la parte del prezzo, stabilita mediante ventilazione per l'immobile, presenti un deficit di sette dodicesimi. La Corte di Limoges aveva compreso tutto il raccolto nella stima, anche i frutti separati e divenuti mobili. Era un errore evidente. La sentenza venne cassata (2).

436. La prova della lesione si fa mediante perizia, ma occorre una preventiva sentenza che ammetta l'attore a procedervi. È quello che dice l'art. 1677: « La prova della lesione non potrà essere ammessa che mediante sentenza, ed in caso soltanto in cui i fatti articolati fossero bastantemente verisimili e gravi per far presumere la lesione ». Occorre sempre una

(1) Grenoble, 23 novembre 1865, e rigetto, 18 novembre 1867 (DALLOZ, 1868, 1, 345).

(2) Cassazione, 15 dicembre 1830 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1645). DUVERGIER, t. II, p. 132, n. 89. Cfr. TROPLONG, p. 419, n. 816.

sentenza per ordinare una perizia (codice di proc. art. 302), ma, secondo il diritto comune, il tribunale si limita ad esaminare se i fatti allegati dall'attore sono pertinenti, vale a dire se, supponendo che siano provati, avranno un'influenza decisiva sulla causa. L'art. 1677 va più in là. Quand'anche i fatti fossero pertinenti, il giudice può respingere la domanda della perizia se trova che non sono verosimili. È una garanzia che il legislatore ha voluto dare alla stabilità della proprietà. La lesione non è ammessa che per eccezione, come causa di nullità. È un fatto raro. Bisogna dunque che vi siano fortissime probabilità in favore della domanda, perchè il giudice ordini una prova che minaccia i diritti del compratore e compromette anche il suo onore, in quanto implica ch'egli abbia abusato del bisogno del venditore per comperare la cosa a vil prezzo (1). Quando i fatti hanno la verosimiglianza e la gravità necessaria? È una questione lasciata intieramente all'apprezzamento del giudice (2).

437. L'art. 1678 dispone: « Questa prova non potrà farsi che colla relazione di tre periti ». Ciò significa forse che il giudice debba ordinare la perizia anche quando la lesione fosse provata dai documenti della lite e dalle circostanze della causa? La questione è controversa. Secondo il diritto comune, la perizia non è ordinata che per illuminare il giudice. S'egli si trova sufficientemente illuminato, perchè prescriverebbe una prova frustranea? Si pretende che la legge abbia derogato al diritto comune. Anzitutto la lettera dell'art. 1678 sembra escludere ogni altra prova che non sia quella per periti, perchè la legge è concepita in termini restrittivi. Si può rispondere che l'articolo 1678 si ricollega all'art. 1677, di cui è la continuazione. Ora, l'art. 1677 dice che occorre una sentenza preparatoria per ordinare la prova, in base ai fatti gravi e verosimili allegati dall'attore. Sono questi fatti gravi e verosimili che non possono essere provati che mediante una perizia. Ma se la prova della lesione risulta dai documenti della causa non ci troviamo più nel testo dell'art. 1677, il quale suppone che i fatti articolati facciano soltanto *presumere* la lesione, mentre noi partiamo dal presupposto che esista la prova completa della lesione.

In appoggio dell'opinione contraria si invocano anche i lavori preparatorii. Vi era nel progetto una disposizione così concepita: « Potranno tuttavia i giudici rescindere un atto di vendita, senza che vi sia bisogno di periti, quando sarà già stabilita una sufficiente lesione mediante prova scritta ». Questa disposizione fu adottata dal Consiglio di Stato, ma il Tribunato ne propose la soppressione pel seguente motivo: « Supponendo

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 150, n. 105.

(2) Liegi, 24 marzo 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 77). Cfr. le autorità citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 417, nota 17, § 358.

che i giudici potessero decidere, secondo le prove scritte, se vi ha lesione o meno, occorrerebbe ancora conoscere il giusto valore dell'oggetto venduto, anche al disopra del tasso della lesione, affinchè, nel caso in cui l'acquirente volesse usare del diritto di ritenere l'oggetto venduto, pagando il supplemento del giusto prezzo, si sappia a qual somma ammonta questo supplemento ». La ragione era cattiva, perchè si suppone che i documenti della causa facciano conoscere il giusto prezzo, il che rende la perizia inutile tanto per fissare il supplemento quanto per determinare la lesione. Ad ogni modo l'articolo fu tolto. Ma perchè? Per dar ragione alle osservazioni del Tribunato? I processi verbali non dicono nulla, e quindi la cosa resta incerta. Si può credere anche che la disposizione sia stata tolta siccome inutile. Quest'ultima supposizione sarebbe in armonia collo spirito della legge. Si comprenderebbe che la perizia fosse necessaria se vincolasse il giudice, ma non lo vincola. Su questo punto tutti sono d'accordo. Ecco dunque la condizione nella quale si troverebbe il giudice se fosse obbligato ad ordinare un'inchiesta. La sua opinione è formata, ma ciononostante deve ordinare una perizia. I periti danno un parere contrario a quello che il giudice si era formato, ma il giudice, avendo maggior fiducia in una prova scritta che nelle asserzioni dei periti, s'attiene alla sua prima convinzione. Non si fa in tal modo della perizia un giuoco? Un simile formalismo è forse nello spirito della legislazione? Basta che vi sia un dubbio sulla volontà del legislatore perchè si debbano mantenere i principii generali (1).

438. La legge vuole che la perizia si faccia col mezzo di tre periti, che saranno nominati d'ufficio, a meno che le parti non abbiano convenuto nel nominarli tutti tre unitamente. Essi sono obbligati a stendere un processo verbale comune e non possono redigere che un unico giudizio a pluralità di voti. Se vi sono dispareri, il processo verbale ne conterrà i motivi, senza che sia permesso di far conoscere quale sia stato l'avviso di ciascun perito (art. 1678-1680). Portalis ci dirà quali sono i motivi di queste disposizioni regolamentari. Gli avversarii della rescissione obbiettavano che la perizia era una prova insufficiente e pericolosa. Si sa, essi dicevano, come vanno le cose. Ogni parte ha il suo perito. Ne vien nominato un terzo, e l'opinione di questo terzo fa legge. Così le proprietà si trovano in balia d'un solo. Per rispondere a queste critiche il legislatore vuole che i tre periti siano nominati contemporaneamente, o dalle parti o dal giudice, che procedano simultaneamente e formino un giudizio comune, che procedano a maggio-

(1) DUVERGIER, t. II, p. 151, n. 106. In senso contrario, MARCADÉ, t. VI, p. 314, n. II dell'art. 1677. Quest'ultima opinione è più generalmente seguita (AUBRY e RAU, t. IV, p. 416, nota 15, § 358).

ranza di voti, come i giudici, e che il loro giudizio rimanga segreto come quello dei magistrati (1).

439. Il codice di procedura, all'art. 323, dispone che « i giudici non sono tenuti a seguire il giudizio dei periti se la loro convinzione vi si oppone ». Questa disposizione è applicabile alla perizia che si fa in materia di lesione? Così opinano gli scrittori, salvo il solo Carré, e la giurisprudenza è nello stesso senso (2). Non vi ha alcuna ragione per stabilire una differenza fra la perizia dell'art. 1677 e la perizia ordinaria, e non vi ha alcun testo dal quale si possa indurre che gli autori del codice civile abbiano inteso imporre al giudice un parere che fosse contrario alla sua convinzione. Bisogna aggiungere che la decisione dei giudici è sovrana, perchè essi decidono in fatto, in base agli elementi della causa (3).

§ III. — *Dell'azione di rescissione.*

440. L'azione di rescissione per causa di lesione è un'azione di nullità fondata sopra un vizio di consenso. La legge suppone che vi sia stato errore o violenza morale. Chi conosce il valore della propria cosa ed è libero d'agire non vende per i cinque dodicesimi del prezzo che potrebbe ottenere. Il suo consenso è dunque viziato, ed ogni vizio del consenso è una causa di nullità del contratto (art. 1117). Il codice non dà all'azione che nasce dalla lesione il nome d'azione di nullità, ma la chiama sempre azione di rescissione. Essa è soggetta a qualche regola speciale. Siccome è basata sulla lesione, l'attore deve dare la prova di questa. Abbiam detto in qual modo la si fornisca. Un'altra conseguenza deriva dal nostro principio. L'azione essendo fondata sopra un danno, la legge permette al compratore di arrestarla indennizzando il venditore (art. 1681). Ma è questa una facoltà ch'essa accorda al compratore, non un diritto che attribuisca al venditore. Questi ha un diritto solo. Egli pretende che il suo consenso sia stato viziato e che il contratto è nullo, e quindi deve domandare la nullità della vendita.

441. Ne consegue che l'azione di rescissione è immobiliare. Infatti, essa tende all'annullamento d'una vendita immobiliare, e conseguentemente a restituire al venditore un immobile. Erroneamente la Corte di cassazione ha detto, nei motivi di due sentenze, che l'azione è mobiliare, perchè ha per oggetto principale e diretto un supplemento di prezzo. Pothier

---

(1) Portalis, *Esposizione dei motivi*, n. 40 (Locré, t. VII, p. 83).
(2) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. IV, p. 416, nota 16, § 358. Bisogna aggiungere Liegi, 7 gennaio 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 140).
(3) Vedi la giurisprudenza del *Repertorio* di Dalloz, v. *Vente*, n. 1631.

aveva già confutato questa ragione inesatta, dicendo che il diritto accordato al compratore di ritenere il fondo, pagando il supplemento del giusto prezzo, è una facoltà per l'acquirente, non un diritto pel venditore. Questi non può far altro che chiedere la nullità, il che determina la natura del suo diritto. La giurisprudenza si è pronunciata in questo senso, e la dottrina è conforme (1).

Dal principio che il diritto del venditore è immobiliare segue che, se viene a morire, lasciando un legatario dei mobili e un legatario degli immobili, l'azione di rescissione della vendita apparterrà al legatario degli immobili (2). Risulta dallo stesso principio che l'azione non entra nella comunione, nè attivamente, nè passivamente (3).

442. L'azione di rescissione è divisibile, poichè ha per oggetto di far rientrare nelle mani del venditore una cosa divisibile, un immobile. Ne consegue che bisogna applicare all'azione di rescissione quanto abbiamo detto dell'azione di riscatto (nn. 413-415). È quello che dispone l'articolo 1685: « Le regole espresse nella sezione precedente pel caso in cui più persone hanno venduto congiuntamente o separatamente, e per quello in cui il venditore o il compratore ha lasciati più eredi, vanno similmente osservate per promuovere l'azione di rescissione ». Quali sono gli articoli della sezione prima del riscatto che sono applicabili alla rescissione per causa di lesione? La legge non li cita, ma è facile indicarli, confrontando il testo dell'art. 1685 coi testi corrispondenti relativi al diritto di riscatto. Sono le disposizioni che concernono la divisibilità del diritto, sia a riguardo del venditore, sia a riguardo del compratore, ossia gli articoli 1668-1672. L'art. 1667 non è contemplato. Bisogna dunque decidere che se il compratore, il quale ha acquistato una parte indivisa d'un fondo per i cinque dodicesimi del suo valore, si rende aggiudicatario della totalità dietro una licitazione provocata contro di lui, non può obbligare il venditore a ritirare il tutto quando questi domanda la rescissione del contratto. La legge non gli dà questo diritto. Essa decide, al contrario, implicitamente che non l'ha, poichè dichiara applicabili gli articoli 1668-1672, escludendo l'articolo 1667. Lo spirito della legge si oppone d'altronde a che si proceda per analogia. Infatti, il compratore con patto di riscatto ha un giusto titolo, e quindi è autorizzato ad agire da proprietario. Se si rende aggiudicatario, conserva la cosa, e la legge ha potuto considerarlo come abbia fatto un atto di conservazione. Chi acquista a vil prezzo è meno favorito. Egli ha abusato della miseria del venditore; deve perciò aspettarsi che questi

(1) Vedi le autorità nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Vente*, n. 1648.
(2) Liegi, 9 febbraio 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 204).
(3) Mourlon, t. III, p. 267, n. 664.

chieda la nullità della vendita: non può dire che agisce come proprietario per intento di conservazione. Si deve temere, al contrario, che si renda aggiudicatario per intralciare il diritto di rescissione (1).

443. L'azione di rescissione può essere intentata contro i terzi? No, certo, poichè l'azione di nullità nasce da un contratto, e quindi è personale. L'art. 1681 suppone però che l'azione venga proposta contro un terzo possessore, poichè la legge accorda al terzo il diritto di ritenere il fondo pagando il supplemento del giusto prezzo. Bisogna intendere la legge nel senso che l'annullamento della vendita reagisce contro i terzi. Se il contratto è annullato, si ritiene come non sia mai esistito e quindi il venditore può rivendicare la cosa sua, tutti i diritti consentiti dal compratore venendo a cadere. Però egli deve intentare l'azione contro il compratore, salvo a chiamare in causa i terzi, perchè la sentenza possa essere loro opposta. I terzi possono esercitare i diritti del venditore, perchè sono suoi aventi causa. Non insistiamo su di ciò, perchè abbiamo sviluppati questi principii, trattando della condizione risolutiva tacita, al titolo delle *Obbligazioni* e nella loro applicazione alla vendita. Ora, i principii sono identici per quanto riguarda la rescissione (2).

444. « La domanda non è più ammissibile spirati due anni da computarsi dal giorno della vendita » (art. 1676). Ecco una deroga all'art. 1304, secondo il quale l'azione di nullità o di rescissione dura dieci anni. Quale è il motivo di questa disposizione eccezionale? Si vollero prevenire gl'inconvenienti che risultano dall'incertezza della proprietà, ma questi inconvenienti sono gli stessi in tutti i casi in cui vi ha luogo a nullità o rescissione, eppure la legge ammette una durata di dieci anni per la prescrizione. Se il termine fu ridotto a due anni rispetto all'azione di rescissione per causa di lesione, ciò avvenne unicamente per fare una concessione a quelli che l'avversavano. Il primo console avrebbe voluto un periodo di dieci anni. Per contrario, gli avversarii del progetto proponevano un anno o sei mesi. Si adottò un termine molto minore dell'ordinario per dare una soddisfazione a coloro che combattevano la rescissione. Non è dunque una disposizione di principio, ma una misura di transazione (3).

Il termine di due anni decorre dal giorno della vendita (articolo 1676). Ecco una nuova deroga alla norma dell'art. 1304. La prescrizione di dieci anni è una conferma, e siccome la parte interessata non può confermare finchè si trova

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 176, n. 129 *bis*.
(2) DUVERGIER, t. II, p. 137, n. 93, e p. 142, n. 95.
(3) Seduta del Consiglio di Stato del 7 piovoso anno XII, nn. 5-7 (LOCRÉ, t. VII, p. 51).

sotto l'influenza della causa che l'ha indotta a contrattare, la legge decide che il termine di dieci anni non decorre, nel caso di violenza, che dal giorno in cui essa è cessata. Considerando la lesione considerata come una specie di violenza, il legislatore avrebbe dovuto ammettere il principio dell'art. 1304, e non far decorrere il termine che dal giorno in cui questa violenza morale è cessata, vale a dire dal giorno in cui il venditore ha riscosso il prezzo. Decidendo che i due anni decorrono dalla vendita, l'art. 1676 deroga, senza motivo giuridico, al principio della conferma. Bisogna dunque dire che la prescrizione di due anni non è una conferma tacita.

L'art. 1676 statuisce che il termine di due anni si calcola a partire dalla vendita, vale a dire dal giorno in cui il contratto è divenuto perfetto. Poco importa, in generale, il giorno in cui l'atto è stato stipulato, perchè l'atto non serve che di prova. Quando le parti contrattano definitivamente, convenendo però che redigeranno uno scritto per atto privato o autentico, la vendita esiste dal giorno in cui è intervenuto il reciproco consenso sulla cosa e sul prezzo. Ma se l'esistenza della vendita fosse stata subordinata alla redazione dell'atto, il termine non decorrerebbe che dal giorno in cui l'atto è stato stipulato (1). Non si deve dire altrettanto del caso in cui la vendita è fatta sotto condizione sospensiva? Si insegna che il termine decorre prima che la condizione si avveri, perchè l'art. 1676 non distingue (2). Una tal decisione pare molto dubbia. La legge dice che il termine decorre a partire dalla vendita. Ora, la vendita condizionale non produce effetto che dal giorno in cui la condizione si verifica, e quindi il termine non deve decorrere che da quel giorno. Secondo l'opinione da noi avversata potrebbe accadere che il termine fosse spirato prima che l'esistenza della vendita fosse accertata.

« Il termine decorre contro le donne maritate, e contro gli assenti, gl'interdetti, ed i minori aventi causa da un venditore di maggior età » (art. 1676). Sono motivi d'interesse generale che hanno indotto il legislatore a stabilire una brevissima prescrizione per l'azione di rescissione, e l'interesse generale prevale a quello degli incapaci. Del resto, la disposizione era inutile per gli assenti e le donne maritate, perchè, a loro riguardo, non è che l'applicazione del diritto comune. La prescrizione corre, per regola generale, contro le donne maritate e gli assenti. Quanto agli interdetti, essi hanno un'azione di nullità che dura dieci anni (articoli 503 e 504), come i minori (art. 1304). Se la vendita fosse stata fatta giudizialmente, la rescissione non

(1) DUVERGIER, t. II, p. 146, n. 100. Rigetto, 2 maggio 1827 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1600).

(2) DURANTON, t. XVI, p. 469, n. 454, seguìto da ZACHARIAE e dai suoi editori (AUBRY e RAU, t. IV, p. 418, nota 26, § 358).

sarebbe ammessa (art. 1684) (1). Vi ha un caso che la legge non prevede. Uno dei coniugi può aver diritto di domandare la rescissione contro dell'altro. L'articolo 2253 sospende la prescrizione fra coniugi. Si applicherà questa disposizione all'azione di rescissione? L'affermativa ci pare certa. Infatti, la regola dell'art. 2253 è generale, ed è fondata sopra motivi d'ordine pubblico. Essa deve dunque ricevere applicazione, poichè non vi è derogato dall'art. 1676 (2).

Infine, l'art. 1676 statuisce che il termine non si sospende durante il tempo stipulato per il riscatto. Questo risulta anche dai principii generali e non occorreva ripeterlo. Il diritto di riscatto è una condizione risolutiva. Ora, la vendita fatta sotto condizione risolutiva è una vendita pura e semplice. Poichè la vendita esiste e produce tutti i suoi effetti, va da sè che il venditore deve intentare, nel termine legale, le azioni di nullità che possono spettargli, e che la prescrizione decorre contro di lui, secondo il diritto comune, a partire dalla vendita.

445. La prescrizione di due anni è applicabile quando il venditore fa valere il suo diritto per via d'eccezione? Vi ha un vecchio adagio secondo il quale: ***Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*** Noi non ammettiamo questa massima (v. XIX, nn. 57-60). Supponendo ch'essa esista ancora nel nostro diritto moderno, bisognerebbe tuttavia rigettarla per ciò che concerne la rescissione per causa di lesione. È quello che ha stabilito la Corte di Gand con una pregievolissima sentenza. Essa s'appoggia anzitutto sulla lettera della legge. L'art. 1676, limitando la durata dell'azione a due anni, s'esprime in termini generali e assoluti, senza distinguere fra l'azione e l'eccezione. Si dirà che anche l'art. 1304 è generale, il che non impedisce alla giurisprudenza di consacrare il principio della perpetuità dell'eccezione? La Corte risponde che la prescrizione speciale dell'articolo 1676 ha avuto precisamente lo scopo d'abbreviare la durata troppo lunga di dieci anni, per metter fine all'incertezza della proprietà e per consolidare i contratti. Si andrebbe dunque contro lo scopo della legge perpetuando l'esercizio d'un diritto che il legislatore ha voluto restringere in un termine più breve. Quanto alla massima che s'invoca, la Corte ricorda ciò che fu detto, in seno al Consiglio di Stato, durante la discussione sul principio della rescissione: « Non il diritto nasce dalle regole, ma le regole dal diritto ». Le vecchie massime, continua la Corte, per quanto rispettabili, non potrebbero nè costituire, nè sostituire la legge. Non si possono applicare se non quando derivano dalle disposizioni legali a cui servono di fondamento. Ora,

(1) DURANTON, t. XVI, p. 471, n. 456.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 166, n. 122 *bis* II. Tolosa, 24 giugno 1839 (DALLOZ, v. *Prescription civile*, n. 709).

l'adagio che ci si oppone, anzichè essere fondato sul testo e sullo spirito della legge, nella specie, è contrario all'uno e all'altro (1). Questa considerazione è decisiva.

§ IV. — *Diritti ed obbligazioni del compratore e del venditore.*

446. « Nel caso in cui l'azione di rescissione venga ammessa, il compratore ha la scelta o di restituire la cosa ritirando il prezzo da lui sborsato, o di ritenerla pagando il supplemento al giusto prezzo, colla deduzione di un decimo sul prezzo totale » (art. 1681). Il diritto che la legge accorda al compratore di troncare il corso dell'annullamento della vendita, pagando il supplemento al giusto prezzo, è, a nostro avviso, l'applicazione d'un principio generale. La rescissione è fondata sulla lesione, vale a dire sopra un danno che risente l'attore. Se il convenuto lo indennizza, il fondamento dell'azione cade. La legge accorda lo stesso diritto al convenuto coll'azione di rescissione della divisione. Egli può arrestare l'azione, offrendo e rilasciando all' attore il supplemento della sua quota ereditaria (art. 891). Vi ha però una notevole differenza fra i due casi. In materia di divisione, il convenuto deve il supplemento esatto, di modo che la lesione è completamente riparata, mentre il compratore può dedurre e ritenere il decimo del prezzo totale. La differenza si spiega colla diversa natura dei due contratti. Non si divide per fare un guadagno, ma si acquista per fare un buon contratto. Il decimo del prezzo totale, vale a dire del giusto prezzo, rappresenta il legittimo beneficio che il compratore può ricavare e senza il quale non avrebbe contrattato. Questo beneficio lo indurrà il più delle volte a ritenere il fondo, il che favorisce la stabilità delle proprietà. È dunque una giustificazione del principio della rescissione, nel senso almeno che dipende dal compratore di assicurare la sua proprietà e renderla certa, se consente a indennizzare il venditore, pur ricavando egli stesso un beneficio.

447. L'art. 1681 dice che il compratore ha la scelta di restituire la cosa o di ritenerla, nel caso in cui l'azione di rescissione venga ammessa. Ciò suppone che il tribunale abbia pronunciato la rescissione. Ma il compratore non è obbligato ad attendere che la vendita sia rescissa. Dal momento che l'azione è intentata e durante tutto il corso della lite, egli può

(1) Gand, 11 agosto 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 215). Cfr. Liegi, 21 novembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 238).

farla cessare indennizzando il venditore. Così dice l'art. 891 del condividente, e vi ha la stessa ragione di decidere in caso di vendita. La legge non dice nemmeno fino a qual momento il compratore può esercitare la sua scelta. Egli può dunque farlo finchè il compratore non eseguisce la sentenza che ha annullato la vendita. Se, in base a questa esecuzione, il compratore restituisce la cosa, la sua scelta è consumata ed il contratto definitivamente annullato. Il venditore ha dunque un mezzo legale per costringere il compratore a pronunciarsi, ed è di eseguire la sentenza (1).

448. Quali sono le obbligazioni del compratore quando opta pel mantenimento della vendita? L'art. 1682 risponde ch'egli deve pagare il supplemento al giusto prezzo, deduzion fatta del decimo, e l'interesse di questo supplemento dal giorno della domanda di rescissione. Perchè il compratore non deve l'interesse che a partire dalla domanda? Si dice che fino a quel momento il compratore deve essere considerato come possessore di buona fede, e che a questo titolo lucra i frutti (2). Ma è una pessima ragione. Il compratore non è mai un possessore di buona fede, nel senso degli articoli 549 e 550, perchè non è un terzo possessore contro il quale il proprietario rivendichi. Il venditore domanda la nullità d'un contratto, la qual cosa è affato diversa. Si concede al compratore d'impedire l'annullamento. Sotto quale condizione? Egli deve indennizzare il venditore. Ma lo risarcisce forse pagandogli l'interesse del supplemento legale del prezzo a partire dalla domanda, quando il compratore ha goduto della cosa fino alla domanda per un prezzo che si riconosce lesivo? Egli gode dunque d'una cosa di cui non ha pagato il prezzo che in parte. Per i sette dodicesimi egli ha il godimento, senza che il venditore abbia gli interessi. La decisione è ingiusta. Il Cujacio aveva già fatto questa osservazione sotto l'impero dell'antico diritto. Gli autori del codice hanno avuto torto di non tenerne conto (3).

Ma il legislatore ha emessa la sua pronunzia, e bisogna rispettarla. La Corte di Limoges ha avuto torto di condannare il compratore a pagare gli interessi dal giorno dalla vendita, per la ragione ch'egli era di mala fede. Non si tratta di buona o di mala fede. D'altronde la legge è formale, generale, assoluta, e non permette alcuna distinzione. La sentenza venne cassata. La Corte di cassazione cita alcune leggi romane e gli articoli 549 e 1682. Il possessore di buona fede fa suoi i frutti, e la buona fede si presume sempre in materia di lesione (4). Questi

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 172, n. 125 *bis* III.

(2) Duranton, t. XVI, p. 475, n. 462.

(3) Duvergier, t. II, p. 163, n. 117. Demante, t. VII, p. 172, n. 126. Mourlon, t. III, p. 267, n. 665.

(4) Cassazione, 15 dicembre 1830, dietro deliberazione in Camera di Consiglio (Dalloz, v. *Vente*, n. 1645).

motivi non ci garbano, potendosi rispondere che, se la legge presume la buona fede, la prova contraria alla presunzione legale è di diritto (art. 1352), il che giustificherebbe la condanna del compratore, qualora la Corte ritenesse in fatto ch'egli fu di mala fede. È meglio attenersi al testo, lasciando da parte i motivi più o meno contestabili che si allegano per giustificarlo.

449. « Se il compratore preferisce restituire la cosa e ritirare il prezzo, deve rendere i frutti dal giorno della domanda » (art. 1682). Perchè non dal giorno della vendita? Si allega di nuovo la buona fede del compratore. Ripetiamo che non si tratta di una questione di buona fede, perchè il compratore non è un *possessore* nel senso degli articoli 549 e 550, ma un proprietario, i cui diritti vengono annullati da un'azione di nullità. Ora, quale è l'effetto dell'annullamento d'un atto? Identico a quello della risoluzione. Si ritiene che il compratore non sia mai stato proprietario, mentre il venditore non ha mai cessato di esserlo. E a chi appartengono i frutti? Al proprietario (art. 547). La conseguenza è evidente. Il compratore non ha alcun titolo per conservare i frutti percetti dopo la vendita, perchè egli non è proprietario nè possessore. Si adduce anche un altro motivo per giustificare la legge. Essa ha voluto eliminare, si dice, le difficoltà che presenterebbe la liquidazione di quello che il compratore deve restituire per frutti percetti e consumati. Si dimentica che l'azione dev'essere intentata entro i due anni, il che rende le prove facilissime (1).

450. « L'interesse del prezzo che il compratore ha pagato è a lui parimenti computato dal giorno della domanda, o dal giorno del pagamento, se non ha percepito alcun frutto » (art. 1682). Generalmente gli immobili producono frutti. In questo caso, le restituzioni reciproche dei frutti e degli interessi del prezzo, si fanno a partire dalla domanda. La legge non stabilisce compensazione tra i frutti e gli interessi. Essa vuole che il compratore *restituisca* i frutti, e che gli sia computato l'interesse del prezzo. La compensazione sarebbe contraria al principio dell'annullamento, e offenderebbe l'eguaglianza che deve regnare fra le parti, poichè esse devono essere rimesse nel medesimo stato come se il contratto non fosse esistito. Siccome l'immobile è stato venduto pei cinque dodicesimi del suo valore, i frutti avranno generalmente un valore più considerevole degli interessi del prezzo di lesione che il venditore ha ricevuto. È meglio dunque che ciascuna delle parti restituisca ciò che ha percepito o ricevuto in forza del contratto Soltanto, per essere equi e giuridici, queste restituzioni avrebbero dovuto farsi dal giorno del contratto.

(1) Cfr. DURANTON, t. XVI, p. 476, n. 463. DUVERGIER, t. II, p. 164, n. 119.

Un altro rimprovero si è rivolto alla legge. Essa suppone che il compratore non abbia percetto frutti. In questo caso gl'interessi gli sono restituiti dal giorno del pagamento. Il principio è giusto quando l'immobile produce frutti, ma di fatto, per la brevità del termine, il compratore non ne ha percepiti. Ma se si trattasse d'una proprietà voluttuaria che non è destinata a produrre frutti, il compratore avrebbe goduto della cosa, e avrebbe inoltre diritto agl'interessi del prezzo da lui pagato; il che è contrario ad equità (1).

450 *bis*. Secondo l'art. 1673, il venditore che esercita il riscatto deve rimborsare al compratore le spese e qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita. La legge non impone questa obbligazione al venditore che domanda la rescissione per causa di lesione, e gli autori sono concordi nel dire che non vi è tenuto (2). Vi ha una ragione di questa differenza. Il riscatto ha luogo nell'interesse del venditore, il quale stipula questa condizione risolutiva; e la risoluzione annulla il contratto primitivo, le cui spese sono perdute, e devono, per conseguenza, essere sopportate da quella delle parti che approfitta della risoluzione. Anche la rescissione per causa di lesione è stabilita nell'interesse del venditore, ma contro il compratore, il quale ha abusato del bisogno del venditore per comperare a vil prezzo. Le spese della vendita essendo perdute, è giusto che rimangano a carico di quella delle due parti che si trova in colpa.

451. La legge non parla dei deterioramenti che il compratore avesse causati. Pothier distingue. Se il compratore ha approfittato dei deterioramenti, va da sè che debba una indennità pel beneficio che ne ha ritratto. Quanto ai deterioramenti di cui non approfitta, Pothier dice che non ne deve conto alcuno se è in buona fede, perchè ha potuto trascurare un fondo di cui si credeva proprietario. Non vi sarebbe dunque tenuto se non quando sapesse essere il suo contratto soggetto a rescissione. Questa distinzione ci pare poco giuridica. È vero che la legge presume, in generale, essere il compratore di buona fede, ma che importa? Quando la vendita è annullata, ciò accade per un vizio di consenso del venditore. Il venditore deve dunque essere completamente indennizzato. Tale è d'altronde l'effetto dell'annullamento. Si reputa che il compratore non sia stato mai proprietario, e conseguentemente deve restituire la cosa tal quale l'ha ricevuta (3).

452. Il codice non dice nulla delle spese che il compratore

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 173, n. 126 II.
(2) Vedi le citazioni in Aubry e Rau, t. IV, p. 417, nota 21, § 358.
(3) Gli autori sono divisi. Vedi Aubry e Rau, t. IV, p. 417, nota 20. Bisogna aggiungere Colmet de Santerre, t. VII, p. 175, n. 126 *bis* V, che ritiene il compratore di mala fede.

avesse fatte, senza dubbio perchè accadrà raramente che il compratore ne faccia nel breve spazio di tempo per cui rimane in possesso. Il Pothier prevede la difficoltà, che poteva presentarsi nell'antico diritto, nel quale l'azione durava dieci anni. Egli applica la solita distinzione delle spese necessarie, utili e voluttuarie. Se il compratore ha fatto spese necessarie, esse hanno conservato la cosa, ed è quindi giusto che il venditore ne tenga conto al compratore. Quanto alle spese voluttuarie, il compratore ha avuto torto di farle, se si doveva aspettarsi la rescissione. In ogni caso, esse non sono di alcun vantaggio pel venditore, e questi non è tenuto, in confronto del compratore, se non pel profitto che ritrae dalle opere. Questo principio d'equità decide la questione. Quanto alle spese utili, il venditore vi è tenuto soltanto fino a concorrenza del maggior valore che ne risulta. Anche Pothier fa in favore del venditore la restrizione che si ammette riguardo al patto di riscatto. Se il compratore eseguisce lavori troppo considerevoli, le cui spese metterebbero il venditore nell'impossibilità d'agire, il giudice può decidere che il compratore avrà soltanto diritto di togliere le costruzioni e le piantagioni (1). Abbiamo detto, parlando del diritto di riscatto, che quest'ultimo punto è assai dubbio (n. 401).

Queste distinzioni sono generalmente ammesse dagli autori moderni (2). Però l'ultimo che ha scritto sulla materia, Colmet, dice che il compratore possiede in mala fede, e che si deve applicargli, per conseguenza, l'art. 555, il quale permette al proprietario d'esigere che il possessore di mala fede distrugga le opere fatte. Questa soluzione ci pare inammissibile. La legge tratta il compratore come se fosse possessore di buona fede, poichè non l'obbliga a restituire i frutti percetti prima della domanda. Si può considerare il compratore come possessore di buona fede, per quanto riguarda i frutti e ritenerlo nel tempo stesso come possessore di mala fede, per quanto concerne le spese? A dire il vero, l'art. 555 non è applicabile alla specie. Il compratore non è un possessore, ma un proprietario. il cui diritto è soggetto ad annullamento. Strana cosa davvero! Colmet confessa che l'art. 555 non è applicabile al compratore che invocasse la sua buona fede (3). Ma se non è un possessore quando è di buona fede, non è un possessore nemmeno quando è di mala fede. Bisogna dunque escludere l'art. 555 ed attenersi al principio della rescissione.

453. Il compratore ha diritto di ritenere il possesso dell'immobile fino a che il venditore abbia soddisfatto alle sue obbligazioni? Gli si accorda il diritto di ritenzione applicandogli, per analogia, quello che l'art. 1673 dice del comprator con

(1) Pothier, *Della vendita*, nn. 363-365.
(2) Cfr. Cassazione, 13 febbraio 1841 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1659).
(3) Colmet de Santerre, t. VII, p. 173, n. 126 *bis* III.

patto di riscatto (1). Quest'opinione ci pare assai dubbia. Il diritto di ritenzione è un privilegio, e i privilegi non si estendono per via analogica. Non vi è nemmeno completa analogia. La causa del compratore che esercita una specie di violenza contro il venditore, per farlo consentire ad una vendita con lesione, è certo meno degna di protezione di quella del compratore che acquista sotto una condizione risolutiva. Bisogna dunque attenersi al rigore del principio. Non può aversi privilegio senza una legge che lo stabilisca.

§ V. — *Diritti ed obbligazioni dei terzi possessori.*

454. Abbiamo detto (n. 443) come l'azione di rescissione reagisca contro i terzi e in qual senso il venditore abbia azione contro i terzi possessori. Si domanda se il terzo possessore ha lo stesso diritto del compratore, vale a dire se può, al pari di lui, ritenere il fondo pagando il supplemento al giusto prezzo. L'art. 1681 gli accorda questo diritto, soggiungendo, come era naturale, « salvo il regresso contro il venditore ». L'azione intentata contro il terzo possessore è, in realtà, un'azione di rivendica ». A qual titolo può il convenuto ritenere il fondo pagando un supplemento? È vero che, dietro l'azione di rivendicazione, il convenuto è tenuto a rilasciare, e che il suo solo diritto consiste nel rivalersi contro il proprio autore. Ma vi ha un altro principio che il terzo acquirente può invocare. Chi vende trasmette la cosa al compratore coi diritti che gli appartengono. Ora, il compratore che rivende ha il diritto eventuale di ritenere il fondo, se il venditore domanda la rescissione, e trasmette questo diritto al proprio acquirente. È dunque in forza d'un diritto che gli è stato ceduto dal suo autore che il terzo possessore ritiene il fondo, e, conseguentemente, in forza d'un diritto suo proprio. Egli non invoca l'art. 1166. La questione è interessante pel terzo, perchè se egli agisse in forza dell'art. 1166, dovrebbe dividere il beneficio della sua azione cogli altri creditori del proprio autore di cui eserciterebbe i diritti.

L'art. 1681 parla del terzo possessore. Che deve dirsi del terzo creditore ipotecario? Si insegna ch'egli ha lo stesso diritto (2). A noi pare che il creditore ipotecario non possa agire se non in forza dell'art. 1166, perchè il compratore che consente un'ipoteca non cede al creditore i diritti che gli spettano sulla cosa. Egli rimane proprietario, e quindi l'azione viene esercitata contro di lui, al quale appartiene di invocare il beneficio dell'art. 1681. Ma i suoi creditori possono esercitare questo diritto in di lui nome.

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 417, § 358.
(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 418, § 358.

455. Se il terzo possessore ha cagionati dei deterioramenti, si applica il principio che abbiamo stabilito per quanto riguarda il compratore (n. 451). Così pure se ha fatto spese necessarie, utili o voluttuarie (n. 452). Si potrebbe credere che sia il caso d'applicare l'art. 555, poichè il venditore agisce per via di rivendicazione. Ma, perchè questo articolo sia applicabile, non basta che il proprietario rivendichi la cosa sua, ma bisogna che la rivendichi contro un possessore. Ora, il terzo non è possessore nel senso dell'art. 555, ma proprietario, perchè deriva il suo diritto da un proprietario. Questo diritto era però rescindibile e, per conseguenza, è pur tale il diritto del subacquirente. Così la questione si decide coi principii che reggono i contratti, e non con quelli che governano il diritto di proprietà.

CAPO V.

Della licitazione.

456. « Se una cosa comune a più persone non può dividersi comodamente e senza danno, ovvero se, in una divisione di beni comuni, fatta di reciproco consenso, se ne ritrovano alcuni che nessuno dei condividenti possa o voglia prendere, se ne fa la vendita all'incanto, ed il prezzo viene diviso tra i comproprietarii » (art. 1686). Così la licitazione è un mezzo per uscire dall'indivisione. Come dice un antico scrittore, si tratta di una divisione, nella quale le porzioni si distribuiscono a ciascuno in denaro, invece di distribuirsi in natura (1). Nessuno può essere costretto a rimanere in comunione, e si ha sempre facoltà di domandare la divisione (art. 815). Ma la divisione regolare può essere ineffettuabile. Supponendo che gli oggetti da dividersi siano divisibili fra i comunisti, ciascun d'essi, dice l'art. 826, ha diritto di domandare la sua parte in natura dei mobili ed immobili dell'eredità. Gli effetti mobiliari sono sempre suscettibili di divisione, ma accade talvolta che gli immobili non possano dividersi comodamente e senza danno. In tal caso, non vi ha che un mezzo per metter fine all'indivisione, quello cioè di procedere alla vendita della cosa. Questa vendita si fa mediante licitazione dinnanzi al tribunale. È la cosidetta licitazione giudiziaria. Se le

---

(1) GUYOT, *Trattato dei feudi*, capo III, sez. I (citato da DUVERGIER).

parti sono tutte in età maggiore e presenti, possono consentire che l'incanto segua davanti un notaio eletto di comune accordo (art. 827). È questa la licitazione volontaria.

457. « Il modo e le formalità da osservarsi nella licitazione sono spiegate nel titolo delle *Successioni* e nel codice di procedura » (cod. di proc., art. 1688). Quanto alla licitazione volontaria, essa si fa per mezzo di un notaio, e conseguentemente è soggetta alle formalità prescritte dalla legge del 25 ventoso anno XI sul notariato (1). Se le parti hanno scelta la via della licitazione giudiziaria, possono sempre abbandonarla, per licitare avanti un notaio, o per vendere, in altro modo, la cosa ad uno dei comunisti o ad un terzo, ma occorre all'uopo il consenso di tutti gl'interessati (cod. di proc., art. 985).

458. Sebbene la licitazione sia un mezzo per uscire dalla comunione, al pari della divisione, pure ne differisce sotto molti rapporti. La divisione ha luogo tra i comunisti. Quando si tratta della divisione d'una eredità, la legge permette anche ai condividenti di escludere il non successibile che avesse comperato la parte di uno degli eredi. È interesse dei condividenti che le operazioni si facciano in famiglia. Quando devono licitare, il loro interesse è tutto diverso. Anzitutto non vi ha alcun inconveniente a chiamare un estraneo alla licitazione, non essendovi pericolo che si divulghino i segreti della famiglia. I licitanti sono, al contrario, interessati a che la cosa sia venduta al più alto prezzo possibile. Importa dunque loro che la vendita si faccia in pubblico, vale a dire con concorrenza. Però la legge lascia, a questo riguardo, piena libertà alle parti capaci. Quando la licitazione non avviene giudizialmente tutto dipende dal concorso di volontà. Occorre dunque il consenso di tutte le parti interessate, perchè gli estranei siano ammessi alla licitazione. Non è così della licitazione giudiziaria. Tale è il caso previsto dall'art. 1687, il quale stabilisce: « Ciascuno de' comproprietarii è padrone di domandare che alla licitazione siano chiamati degli estranei: questi lo sono poi necessariamente, quando uno dei comproprietarii è minore ». Così, per diritto comune, quando i compartecipanti sono maggiori e capaci, gli estranei rimangono esclusi. La licitazione è un modo di divisione, e la divisione si fa tra comunisti. È d'uopo che uno dei condividenti la domandi. Allora gli estranei devono essere ammessi all'incanto, e devono esservi ammessi anche quando uno dei collicitanti è minore. La legge lo prescrive nell'interesse degli incapaci (2).

459. L'art. 1686 determina i casi nei quali deve farsi luogo alla licitazione. Quando i condividenti dichiarano di non poter o di non voler prendere un bene comune fra di loro, e che deve

(1) Rigetto, sezione civile, 24 gennaio 1814 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1674)
(2) DUVERGIER, t. II, p. 180, n. 140, e p. 183, n. 143.

tuttavia essere diviso, poichè è domandata la divisione, non vi ha alcuna difficoltà. La volontà dei comunisti decide. Ma i comunisti possono essere discordi sul punto di sapere se la cosa comune può essere divisa comodamente e senza discapito. In questo caso il tribunale deciderà. Si è tentato di stabilire qualche principio a questo riguardo, fondandosi su decisioni giudiziarie. Lavoro sterile che non sarà mai di nessun aiuto pel giudice. Essendo la questione essenzialmente di fatto, la decisione dipende dalle circostanze della causa, e queste circostanze variano da un caso all'altro. Duvergier dice benissimo che si deve guardarsi dall'erigere a principii assoluti le decisioni giudiziarie, quando non possono avere che una verità relativa (1).

460. La licitazione è un modo di uscire dall'indivisione. In questo senso, essa equivale alla divisione, ma non ha sempre gli effetti d'una divisione. Bisogna distinguere. Se uno dei comunisti si rende aggiudicatario, la licitazione è equiparata alla divisione. Il codice lo dice stabilendo il principio della divisione dichiarativa di proprietà: « Ogni coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota, o a lui pervenuti per licitazione, e che non abbia giammai avuta la proprietà degli altri effetti ereditarii ». Poco importa che gli estranei siano stati chiamati alla licitazione. Dal momento che non si rendono aggiudicatari, la loro presenza è indifferente per determinare la natura dell'atto. Il comunista che licita la cosa non è un compratore, ma un comproprietario per indiviso che mette fine all'indivisione, perchè tale è lo scopo ch'egli ha avuto concorrendo alla licitazione.

Segue da ciò che si applicano alla licitazione tutti i principii che reggono la divisione. Abbiamo citato il più importante, quello dell'art. 883. Se dunque uno dei comunisti avesse gravato la cosa comune di diritti reali, questi diritti cadrebbero, mentre le ipoteche che il licitante ha concesse sull'immobile che licita sussistono. La licitazione, essendo una divisione, ne risulta ancora che i collicitanti sono tenuti alla garanzia quale è regolata nel titolo delle *Successioni,* ed hanno l'azione di rescissione nascente dalla divisione, vale a dire che la licitazione sarà rescindibile per lesione oltre il quarto. I collicitanti hanno il privilegio che spetta ai condividenti, ma non hanno l'azione di risoluzione che la legge accorda al venditore quando il compratore non paga il prezzo. Non facciamo che ricordare i principii che vennero stabiliti al titolo delle *Successioni.*

Gli effetti della licitazione sono ben diversi quando chi si rende aggiudicatario è un estraneo. In questo caso la licita-

(1) Duvergier, t. II, p. 176, n. 135. Cfr. Duranton, t. XVI, p. 487, n. 479.

zione è una vendita che i comunisti fanno a colui che licita la cosa, e, per conseguenza, l'aggiudicazione produce tutti gli effetti d'una vendita. Non è più un atto dichiarativo di proprietà, ma un atto col quale i collicitanti si obbligano a trasferire la proprietà al compratore. Dunque l'art 883 cessa di essere applicabile. I diritti reali consentiti dai comunisti sulla cosa licitata sussistono, come sussistono in una vendita ordinaria. Essendo i comunisti venditori, ne consegue che sono tenuti alla garanzia per questo titolo. Anch'essi hanno tutti i diritti del venditore, cioè il privilegio, il diritto di risoluzione e l'azione di rescissione per lesione oltre i sette dodicesimi, nel caso in cui la licitazione è volontaria. Essi non hanno più diritto alla rescissione se la vendita, secondo la legge, non potesse esser fatta che coll'intervento dell'autorità giudiziaria (1).

CAPO VI.

Della traslazione dei crediti ed altri diritti.

Art. I. — Della cessione dei diritti.

Sezione I. — Che cosa è la cessione? Quali diritti possono essere ceduti?

461. I crediti e gli altri diritti sono in commercio, al pari dei mobili corporali e di ogni sorta di beni. Bisogna dunque applicar loro l'art. 1598, secondo il quale « si può vendere tutto ciò che è in commercio, quando leggi particolari non ne abbiano vietata l'alienazione ». L'alienazione dei diritti, come di ogni altra cosa, può farsi a titolo oneroso o a titolo gratuito. Quando è fatta a titolo gratuito, è una donazione; quando ha luogo a titolo oneroso, è una vendita. È della vendita dei diritti che si tratta nel capo VIII del nostro titolo. La traslazione dei crediti è una vera vendita. La legge ne parla nel titolo consacrato a questo contratto. Tutti gli elementi della vendita si incontrano nella cessione: una cosa, un prezzo e il consenso sulla cosa e sul prezzo. La sola terminologia è diversa.

---

(1) Duranton, t. XVI, p. 490, nn. 483-485. Duvergier, t. II, p. 183, nn. 144 e 145.

L'intitolazione del capo e parecchi articoli (1689, 1690, 1691) chiamano *traslazione* il contratto col quale si vendono dei diritti, l'art. 1692 usa la parola *cessione* aggiungendo *o vendita*; l'art. 1693 si serve indifferentemente delle espressioni di *vendita* e di *traslazione*. La cessione produce pure gli effetti della vendita. Soltanto essa è retta da qualche principio speciale. Così, quando oggetto della vendita è un credito, o un diritto, o un'azione, la proprietà non ne vien trasferita, a riguardo dei terzi, che colla notifica della traslazione, o la sua accettazione da parte del debitore. Ma questa condizione particolare della vendita dei crediti non altera la natura del contratto, come la formalità della trascrizione prescritta dalle nuove leggi emanate nel Belgio e in Francia non fa un contratto particolare della vendita degli immobili. Non si vede dunque perchè la legge usi una terminologia diversa per la vendita dei crediti, e per la vendita degli oggetti corporali, mobili o immobili. La tradizione spiega questa differenza. I giureconsulti romani non ammettevano che un credito potesse formare oggetto d'una vendita, perchè un credito consiste essenzialmente in un vincolo personale che l'obbligazione crea fra il debitore e il creditore, vincolo che, per sua natura, non è suscettibile d'essere trasmesso. Per conciliare i bisogni della vita coi principii del diritto, si immaginò di dare a chi voleva acquistare un credito, un mandato di escutere il debitore. Questo mandato consisteva in una *cessione d'azioni* (1). Di qui una terminologia che l'uso ha mantenuto Il venditore ha il nome di *cedente*, il compratore quello di *cessionario*. Si dà il nome di *ceduto* al debitore, il quale non ha che una parte passiva nell'operazione. Egli non figura nel contratto, la sua parte consiste nel cambiar creditore. Si usa la stessa terminologia per la vendita dei diritti che non costituiscono crediti. Il codice li chiama *diritti incorporali*. Noi abbiamo già fatto le nostre riserve contro questo barbarismo che suppone l'esistenza di diritti corporali. È questa una negligenza di redazione che bisogna rilevare, perchè il linguaggio della nostra scienza deve avere la stessa esattezza della concezione del pensiero.

462. Quali diritti possono essere ceduti? Poichè i diritti sono in commercio, al pari delle cose corporali, bisogna porre come principio, conformemente all'art. 1598, che ogni diritto cadente sopra una cosa non sottratta al commercio può essere ceduto, a meno che una legge non ne abbia vietato l'alienazione. Però l'applicazione del principio solleva alcune difficoltà sulle quali vi ha controversia e dubbio. Bisogna dunque che vi ci soffermiamo.

---

(1) MOURLON, t. III, p. 270, n. 674 e *Dissertazione* nella *Revue pratique*, t. XV, p. 97 e seg.

Abbiamo già incontrato una di queste quistioni controverse. Si domanda se il diritto che nasce da una promessa unilaterale di vendita può essere ceduto. La giurisprudenza, dopo qualche esitazione, si è pronunciata per l'affermativa. Rimandiamo a quanto si è detto intorno alle promesse di vendita (n. 12).

463. I diritti che cadono sovra cose future possono essere ceduti? Bisogna applicare ai *diritti* quello che l'art. 1130 dice delle *cose* future. Esse possono formare oggetto d'una obbligazione, e quindi d'una vendita. L'eccezione che la legge fa per le successioni non ancora aperte (articoli 1130 e 1600) prova che colla parola *cose* la legge intende anche i *diritti*, poichè la vendita d'una successione è la vendita dei diritti successorii. Il principio è incontestabile. Però la giurisprudenza si mostra titubante quando si tratta di applicarlo.

Un proprietario loca per nove anni diversi appezzamenti di terreno per l'annuo canone di cento lire. Lo stesso giorno cede il contratto ad un creditore con atto autentico notificato all'affittuario. Un creditore posteriore sequestra gli affitti. Il cessionario interviene e domanda la revoca del sequestro. Il creditore sequestrante obbietta che non si può cedere ciò che non esiste, e soggiunge che queste cessioni favorirebbero la frode e permetterebbero al debitore di burlarsi dei suoi creditori. La Corte di Rouen mantenne la cessione. Essa escluse l'addebito di frode, impossibile nella specie, poichè, all'atto della cessione, unico creditore era il cessionario. Quanto al motivo tratto dalla inesistenza della cosa, esso non aveva alcun fondamento. Gli affitti che devono scadere sono dovuti in forza d'un contratto, e quindi hanno un'esistenza reale, salvo che scadranno soltanto durante il corso dell'affitto. Si tratta dunque d'un diritto certo, sebbene futuro. Esso può, a termini dell'art. 1130, formare oggetto d'una obbligazione, poichè nessuna legge lo vieta (1). Non basta. Si tratta piuttosto di un diritto a termine che di un diritto futuro. Anche la legge permette al locatore di farsi pagare affitti non ancora scaduti quando il conduttore cada in istato di insolvenza o di fallimento (art. 2102, n. 1 e legge ip., art. 20, n. 1).

Lo stesso principio riceve applicazione ad ogni sorta di frutti civili, specialmente alle annualità d'una rendita perpetua o vitalizia. Quando la rendita è perpetua, l'identità è completa fra le pigioni o affitti e le annualità. Quando la rendita è vitalizia, le annualità costituiscono un diritto futuro, come i frutti d'un fondo che possono non nascere e che sono tuttavia suscettibili d'essere venduti. La Corte di Caen ha giudicato il contrario con ragioni molto cattive. A termini dell'art. 547, dice la sentenza, i frutti sono un accessorio della cosa che li pro-

---

1) Rouen, 28 novembre 1825 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1700).

duce, e appartengono al proprietario a titolo d'accessione. Finchè non sono percetti, si confondono col fondo che li produce e non possono appartenere che al proprietario. La Corte dimentica l'art. 1130, il quale permette di fare convenzioni su cose future, e quindi sopra frutti naturali o civili. Che importa se al momento della cessione i frutti sono ancora attaccati al fondo, o le annualità alla rendita? Quando i frutti saranno nati, apparterranno al compratore. Così è pure delle annualità. La Corte esclude l'art. 1130 pel motivo che non si può imprimere ai frutti futuri il carattere d'un diritto reale, indipendente dalla rendita o dal fondo che li produce. Ma essa disconosce la generalità del principio stabilito dalla legge. Questo si applica alla proprietà futura, come ad ogni cosa futura. Infine, la Corte invoca il diritto antico che riprovava le cessioni di annualità future siccome sospette di dolo e di frode. La risposta è semplice e decisiva. Chi pretende che vi sia frode deve darne la prova. La legge non la presume mai. L'articolo 1117 lo dice, e si potrebbe credere che non occorresse neppure, poichè ciò discende dalla natura stessa della prova e delle presunzioni (1).

464. Per l'identica ragione, si possono cedere diritti condizionali o eventuali. È stato giudicato che il diritto di commissione promesso ad una persona pel caso in cui avesse luogo una vendita può essere ceduto. Si tratta, in vero, di un credito condizionale. Pur convalidando la vendita in via di massima, la Corte di Parigi l'ha annullata, in fatto, siccome affetta da simulazione e da frode (2). Ecco la vera dottrina. Non spetta che al legislatore dichiarare un atto nullo per presunzione di frode. Il giudice deve ammettere la validità dell'atto, salvo ad annullarlo quando la frode è provata.

Il principio riceve frequente applicazione in materia di assicurazioni. Accade tutti i giorni che le compagnie d'assicurazione si facciano surrogare nell'eventuale regresso che il locatore ha contro i locatarii o vicini in caso di sinistro. Ciò può avvenire anche per via di cessione. Vi ha questa differenza fra i due modi di trasmissione, che la surrogazione non è soggetta alle formalità prescritte dall'art. 1690 per la cessione. Del resto, entrambe danno luogo a difficoltà. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo delle *Obbligazioni*, sulla surrogazione. Quanto alla cessione dell'eventuale regresso sia contro le compagnie d'assicurazione, sia contro i locatarii o vicini, la giurisprudenza ne ha consacrato la validità. La Corte suprema ha giudicato così sovra relazione di Renouard, cassando una sentenza

---

(1) Caen, 5 maggio 1836 (DALLOZ, v. *Rentes constituées*, n. 219). In senso contrario, PROUDHON, t. II, nn. 985 e 986, e AUBRY e RAU, t. IV, p. 419, nota 2, § 359.

(2) Parigi, 23 dicembre 1839 (DALLOZ, 1860, 5, 389).

contraria della Corte di Parigi. Si trattava, nella specie, dell'azione che l'art. 1733 accorda al proprietario contro i locatarii. Nessuna legge, dice la Corte, pone quest'azione fuori di commercio, e quindi essa può formare oggetto d'una vendita, a termini dell'art. 1598. La cessione non ha, d'altronde, nulla d'illecito, nè di contrario all'ordine pubblico. È vero che il diritto è futuro e aleatorio, ma nessuna legge proibisce la cessione dei diritti aleatorii, e l'art. 1130 autorizza formalmente la vendita dei diritti futuri. Si obbiettava che l'eventuale regresso contro i conduttori fosse affatto incerto, nel senso ch'era impossibile designare all'atto della cessione le persone contro le quali poteva essere eventualmente esercitato. La Corte risponde che la cessione non cessava per questo di vertere al momento in cui la polizza d'assicurazione l'aveva stabilita, a vantaggio degli assicuratori, sopra un oggetto chiaramente determinato e su diritti ed azioni che le parti contraenti potevano perfettamente apprezzare. Il supremo magistrato ne conchiude che la cessione aveva un oggetto certo, il che basta per convalidarla (art. 1108) (1).

465. I prodotti di un'opera letteraria possono essere ceduti? Bisogna distinguere. Se l'opera non è ancora composta e non ha formato oggetto di contratto con un editore, l'autore non può cedere nulla, perchè non esiste alcun diritto che possa costituire obbietto d'un contratto. Un diritto ai prodotti di un'opera futura suppone un'obbligazione contratta da un terzo di pagare questi prodotti. Finchè non è intervenuta alcuna convenzione fra l'autore e l'editore non vi ha debito, e quindi non creditore, e conseguentemente non vi ha diritto. Ora, la prima condizione perchè vi sia vendita è che esista una cosa che ne formi l'oggetto. Quando è intervenuta una convenzione fra l'autore e l'editore, l'autore ha un diritto eventuale pel caso che componga l'opera. Vi ha un debitore eventuale, e quindi un diritto eventuale che può essere ceduto (2).

466. L'imprenditore può cedere il credito eventuale che gli spetta per l'esecuzione di lavori da farsi? Quando le opere sono determinate, il conto preventivato e i patti stabiliti, l'imprenditore, non vi ha alcun dubbio, ha un diritto certo, nel senso che è contrattuale, sebbene ancora eventuale, poichè dipende dall'esecuzione dei lavori. Ora, un diritto, sebbene subordinato ad eventualità, può essere ceduto (3). Ciò è ammesso da tutti. Non vi ha che un punto che sia contestato, la questione di sapere se l'imprenditore possa cedere il suo credito eventuale a pregiudizio dell'azione diretta che l'art. 1798 accorda agli operai. Ritorneremo sull'argomento al titolo della *Locazione*.

---

(1) Cassazione, 24 novembre 1840 (DALLOZ, v. *Assurances terrestres*, n. 257). Nello stesso senso, sentenza del tribunale di Namur, 13 aprile 1870 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 112).

(2) Parigi, 30 gennaio e 27 novembre 1854 (DALLOZ, 1855, 2, 279, e 1856, 2, 253).

(3) Bruxelles, 13 giugno 1864 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 316).

Se i lavori non sono ancora determinati, sebbene vi sia una convenzione per opere da farsi, si presenta una difficoltà. Il cessionario deve notificare la cessione perchè abbia valore in confronto ai terzi. Questa notifica ha per iscopo d'apprendere ai terzi l'ammontare del credito ceduto. Ora, finchè i lavori non sono determinati, il credito è incerto quanto alla cifra e, quindi, la notificazione diviene impossibile. Ne consegue che la cessione di somme che saranno dovute per lavori da farsi è, in verità, valida fra le parti, perchè l'imprenditore ha un diritto contrattuale suscettibile d'essere ceduto, ma la cessione non produrrà effetto, a riguardo dei terzi, che quando l'eventuale credito sarà determinato da una nuova convenzione intervenuta fra le parti contraenti. Soltanto di mano in mano che le somme di cui l'imprenditore è creditore eventuale diverranno certe la notificazione potrà farsi utilmente, ed una cessione non notificata non esiste a riguardo dei terzi (1).

La Corte d'Aix è andata più oltre. Essa ha giudicato che il credito per lavori da farsi non esiste, che questo non nasce se non col compimento dell'opera che l'imprenditore si è incaricato di fare; donde ha conchiuso che la cessione è legalmente impossibile, poichè concernerebbe un diritto la cui esistenza dipende dal cedente; che, per di più, la tradizione della cosa non poteva farsi, che, per conseguenza, il cessionario non aveva alcun titolo verso i terzi (2). Questa sentenza è stata censurata da tutti gli scrittori (3). Non è esatto dire che il credito dell'impreditore dipende da una condizione potestativa, perchè egli è vincolato da un contratto. È pure inesatto dire che la tradizione non può aver luogo, perchè la tradizione consiste, non già nella consegna del titolo del creditore, come pare creda la Corte, ma nella notificazione dell'atto che constata l'eventuale diritto del creditore.

467. Un diritto cedibile può essere dichiarato incessibile mediante una convenzione? La negativa è consacrata dalla giurisprudenza della Corte suprema, e ci pare certa. Un fratello cede all'altro tutti i suoi diritti sopra un certo fondo, a condizione da parte dell'acquirente di pagare i numerosi debiti del venditore, e mediante una rendita vitalizia che le part contraenti stipulano a un tempo incedibile e insequestrabile. Se ne indovina il motivo. Nonostante questa clausola, il creditore della rendita ne cedette le annualità scadute e da scadere. Citato dal cessionario, il debitore della rendita oppose la nullità della cessione. La Corte d'Orléans dichiarò nulla la

---

(1) Rigetto, sezione civile, 7 agosto 1843 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1699). AUBRY e RAU, t. IV, p. 420, § 359.
(2) Aix, 15 giugno 1838 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1699).
(3) DALLOZ, v. *Vente*, n. 1699. AUBRY e RAU, t. IV, p. 420, nota 7, § 359.

clausola d'incedibilità, siccome quella che attentava al diritto di proprietà. Un attributo essenziale della proprietà è che il proprietario può disporre della cosa in maniera assoluta (art. 544). Di qui l'art. 1598 deduce la conseguenza che il proprietario può alienare la cosa sua a meno che una legge particolare non ne abbia vietata l'alienazione. Fuori dei casi eccettuati, il principio della libera disposizione riprende tutta la sua forza. Ora, nessuna legge permette alle parti contraenti di dichiarare inalienabile una pensione vitalizia. Essa resta dunque compresa nella regola, e, quindi, può essere ceduta malgrado la clausola contraria che le parti interessate hanno inserita nell'atto. Non spetta loro di sottrarre al commercio diritti che la legge permette d'alienare. Sul ricorso, intervenne una sentenza di rigetto (1).

La stessa questione si è presentata davanti la sezione civile nel caso seguente. In un contratto di cambio militare vien stipulato che il prezzo non potrà essere ceduto nè alienato per nessun pretesto sotto pena di nullità delle convenzioni che intervenissero. Malgrado questa clausola, il sostituente vendette il suo diritto. La cessione fu dichiarata nulla dal primo giudice, ma la decisione venne cassata da una sentenza egregiamente motivata. La libera disposizione dei beni è una massima d'ordine e d'interesse pubblico consacrata dagli articoli 547, 1594 e 1598. Questa massima non può piegarsi davanti alla volontà dell'uomo. Una proprietà qualunque non può essere dichiarata inalienabile che nei casi previsti dalla legge. Al solo legislatore solo appartiene di derogare ad un principio che costituisce una caratteristica essenziale della proprietà. Ora, la clausola d'incedibilità tende a modificare, all'infuori delle condizioni e dei casi determinati dalla legge, il libero uso della proprietà e a mettere fuori di commercio cose che, in forza della legge, devono restarvi soggette, e quindi la clausola è nulla siccome contraria all'art. 6 del codice che vieta ai privati di derogare, colle loro convenzioni, alle leggi d'ordine pubblico e, quindi, d'interesse generale (2).

468. Il principio che ogni diritto può essere ceduto va soggetto ad eccezioni. Alcune sono stabilite testualmente dalla legge. L'usuario non può cedere il suo diritto (art. 631). Il diritto d'abitazione non può essere ceduto (art. 634). Non si può vendere l'eredità d'una persona vivente, nemmeno col di lei consenso (art. 1600). Abbiamo già spiegate queste disposizioni eccezionali al loro luogo: Le eccezioni consacrate dalla legge sono le sole che si possano ammettere? L'art. 1598 sembra decidere la questione. Esso esige una *legge particolare* perchè

---

(1) Rigetto, 1.° marzo 1843 (DALLOZ, v. *Rente viagère*, n. 90, 1.°).
(2) Cassazione, 6 giugno 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 191).

l'alienazione sia vietata. Dovrà dirsi per questo che il divieto debba esser fatto con una espressa disposizione? Si ammettono nullità virtuali, vale a dire risultanti dalla volontà tacita del legislatore. Perchè non si ammetterebbero proibizioni virtuali? Questo è, infatti, consentito da tutti. Ma quando si può dire che la proibizione sia tacita? Tutto dipende dalla volontà del legislatore. Come sapere che cosa vuole quando egli stesso non l'ha detto? È impossibile stabilire un principio a questo riguardo, perchè le questioni di volontà e d'intenzione sono necessariamente lasciate all'apprezzamento del giudice. Un punto ci pare certo, ed è che la volontà del legislatore non può essere indotta che da una legge. L'art. 1598 lo dichiara. Occorre una *legge particolare* che proibisca l'alienazione. Tutto ciò che si può concedere è che la proibizione non deve essere espressa (1).

Daremo come esempio il retratto successorio. Può l'erede cedere il diritto di retratto ad un non successibile? La legge non proibisce l'alienazione del diritto di retratto, ma il testo e lo spirito dell'art. 841 implicano il divieto. La legge permette il retratto contro ogni persona non successibile alla quale un erede avesse ceduto la sua quota ereditaria. Dunque ogni estraneo, in questo senso, può essere escluso dalla divisione, e conseguentemente anche il cessionario del diritto di retratto che volesse esercitarlo, supposto che sia non successibile (2).

469. Il diritto agli alimenti può essere ceduto? Si ammette generalmente che non può essere ceduto quando si tratta d'un credito alimentare che la legge stabilisce sul fondamento della prossima parentela o dell'affinità. Ma da qual testo s'induce il divieto? Si risponde che il creditore è vincolato ad una qualità naturale, senza cui non può avere esistenza indipendente. Ora, non si può alienare la qualità di parente o d'affine, e quindi non si può alienare il diritto che vi è inerente (3). Questa ragione non prova nulla, perchè prova troppo. Non si potrebbe dire altrettanto del diritto d'eredità? Vi hanno altri testi che sono inconciliabili colla cessione d'un credito alimentare. Per principio, gli alimenti sono forniti in natura, e non si concepisce certo che questo diritto sia esercitato da un cessionario di colui che reclama gli alimenti. Di più, gli alimenti variano secondo i bisogni di chi vi ha diritto e secondo le facoltà di chi li deve. Questa variabilità del diritto difficilmente si concilia con una cessione. È per questo motivo che la legge ha dichiarato il diritto d'uso incedibile. Vi ha completa ana-

(1) Cfr. TROPLONG, p. 131, nn. 224 e 225. AUBRY e RAU, t. IV, p. 422 e nota 16, § 359.
(2) È l'opinione generale (AUBRY e RAU, t. IV, p. 422, nota 17, § 359).
(3) TROPLONG, p. 136, n. 227. Cfr. AUBRY e RAU, t. IV, p. 423, nota 18, § 359.

logia per il diritto alimentare. Se la legge non proibisce formalmente la cessione di un credito alimentare, è perchè non poteva nemmeno prevedere che un simile credito venisse ceduto.

La questione è ben diversa quando si tratta di alimenti donati o legati. In questo caso, il credito è fisso, invariabile. Vi ha una legge la quale decida implicitamente che il credito alimentare è incedibile? La Corte di cassazione si è pronunciata per la validità della cessione (1). Si invocano alcuni testi in favore dell'opinione contraria. Anzitutto l'art. 581 del codice di procedura, il quale dispone che le somme o le pensioni per alimenti sono insequestrabili, ancorchè il testamento o l'atto di donazione non le dichiari tali. La Corte di cassazione risponde che altra cosa è l'insequestrabilità ed altra cosa l'incedibilità. Il legislatore non ha voluto che chi ha diritto agli almenti ne possa essere privato suo malgrado, sulla richiesta d'un creditore, perchè sarebbe come privarlo dei mezzi di vivere. Ma da questo non si potrebbe conchiudere ch'egli sia incapace di disporre della sua pensione e che la cessione da lui liberamente consentita sia nulla. Egli resta capace per ciò solo che la legge non lo dichiara incapace. Si cita ancora l'art. 1004 del codice di procedura, a termini del quale non è valido il compromesso sopra donazioni e legati d'alimenti. La Corte suprema risponde che altro è non potere, in caso di lite, compromettere sopra un diritto, vale a dire non poter ricorrere ad arbitri, ed altro, in mancanza di ogni contestazione, non poter cedere questo diritto con una convenzione volontariamente sottoscritta. Il divieto di compromettere non può, almeno, estendersi necessariamente a quello di vendere, perchè un divieto non può mai essere stabilito per via d'induzione nè di ragionamento (2). Queste ultime parole sono troppo assolute. Tutto ciò che è permesso di dire si è che occorre una legge della quale si possa indurre, per via di necessaria conseguenza, che la volontà del legislatore è di vietare la cessione.

470. La stessa sentenza la quale ha deciso che gli alimenti sono cedibili (v. la nota 1) ha giudicato anche che la vedova può cedere la somma o il credito al quale ha diritto per il suo lutto. La Corte dice semplicemente che nessuna legge le vieta di alienarla. Questo motivo è perentorio, poichè non vi ha divieto legale senza legge (3).

471. I depositi fatti presso le casse di risparmio possono essere ceduti? Una sentenza della Corte di Montpellier si è pronunciata

---

(1) Rigetto, sezione civile, 31 maggio 1826 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, numero 4222).

(2) Vedi le testimonianze in senso diverso in AUBRY e RAU, le quali sostengono vivamente l'opinione contraria (t. IV, p. 423, nota 18, § 359).

(3) Rigetto, sezione civile (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 4222).

per l'incedibilità (1). Le ragioni che la Corte adduce sono eccellenti, ma si indirizzano tutte al legislatore. Non vi ha alcun testo nella legislazione francese dal quale si possa indurre necessariamente che la legge proibisce la cessione, il che è decisivo. Nel Belgio, la legge dell'8 maggio 1850, che istituisce una cassa generale di risparmio, ha dichiarato le rendite incedibili e insequestrabili (art. 12). La legge che istituisce una cassa di risparmio sotto la garanzia dello Stato, del 16 marzo 1865, non contiene alcuna analoga disposizione pei libretti della cassa di risparmio. Essi restano, per conseguenza, sotto l'impero del diritto comune.

471 *bis*. La giurisprudenza ammette che i fondi costituenti la cauzione d'un ufficiale ministeriale possono essere sequestrati, per la ragione che questi fondi non sono posti da alcuna legge fuori di commercio. Infatti, la legge del 25 nevoso anno XIII, che si invoca, si limita a colpire le cauzioni con primo privilegio per garanzia delle condanne che potessero essere pronunciate contro i detti ufficiali in conseguenza dell'esercizio delle loro funzioni, e con secondo privilegio pel rimborso delle somme che fossero state prestate per tutta o parte della cauzione. Salvo questi due privilegi, le cauzioni dei titolari d'uffici sono rette, come gli altri loro beni, dalle regole del diritto comune. Per sostenere che le cauzioni sono colpite d'indisponibilità assoluta, finchè durano le funzioni di coloro che sono obbigati a fornirle, si cita l'ultima disposizione dell'art. 1 della legge del 25 nevoso anno XIII, la quale stabilisce che le cauzioni sono colpite sussidiariamente pel pagamento, nell'ordine comune, dei creditori privati del titolare. La Corte di Parigi risponde che questa disposizione non ha altro scopo che di richiamare il principio consacrato dall'art. 2093, cioè che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori e che il prezzo si distribuisce fra loro per contributo a meno che non vi siano fra i creditori cause legittime di preferenza. Risulta da questi principii che le somme che costituiscono la cauzione degli ufficiali ministeriali possono validamente formare oggetto d'un regolare trapasso (2).

---

(1) Montpellier, 22 aprile 1842 (DALLOZ, v. *Etablissements d'épargne*, n. 140). In senso contrario, AUBRY e RAU, t. IV, p. 424, § 359.

(2) Parigi, 29 giugno 1863 (DALLOZ, 1863, 2, 195), 17 aprile 1845 (DALLOZ, 1845, 4, 66), 11 marzo 1852 (DALLOZ, 1852, 5, 83), Lione, 30 aprile 1852 (DALLOZ, 1863, 2, 195).

Sezione II. — Come si trasmette la proprietà dei diritti.

§ I. — *Fra le parti.*

472. Abbiamo detto che la cessione è una vendita, secondo il testo stesso del codice (n. 461). Ne consegue che la cessione è retta, per principio, dalle regole della vendita, a meno che il codice non vi deroghi (1). L'art. 1690 deroga al diritto comune in quanto concerne la trasmissione dei diritti a riguardo dei terzi. È un' eccezione che conferma la regola. Dunque la trasmissione dei diritti fra le parti resta soggetta alla regola dell' articolo 1583, vale a dire che il diritto passa dal cedente al cessionario, per solo concorso del consenso. Dal momento ch'essi sono d'accordo sulla cosa e sul prezzo, il diritto è trasferito, quantunque la cosa non sia stata consegnata nè il prezzo pagato. L'art. 1583 non fa che applicare alla vendita un principio generale del diritto moderno, cioè che i contratti si formano col solo concorso di volontà, e che trasmettono la proprietà per la forza del consenso delle parti contraenti. La tradizione non è più che l'esecuzione del contratto (art. 1138) (2). La cessione è dunque perfetta fra le parti mediante il solo consenso.

Quali sono le parti nella cessione? Non ve ne hanno che due, come nella vendita, il cedente e il cessionario. Veramente vi ha questa differenza fra la cessione e la vendita, che, nella cessione, il credito che ne forma d'ordinario l'oggetto è dovuto da un terzo, ma non è questa una ragione per farvi figurare il debitore. I diritti essendo in commercio, come ogni altra cosa, il creditore ne può disporre senza il consenso di colui contro il quale ha un credito. Soltanto, siccome il debitore cambia di creditore, bisognava esigere che la cessione fosse portata a sua conoscenza. Ecco perchè la legge vuole ch'essa sia notificata al debitore o che questi l'accetti. Ma ciò riguarda gli effetti della cessione relativamente ai terzi. Fra le parti, l'intervento del debitore per la validità della cessione non è richiesto.

Tali sono i principii. Essi risultano dal testo e dallo spirito della legge e la giurisprudenza li ha consacrati. Se vennero contestati, ciò accadde per l'influenza dei ricordi dell'antico diritto. La Corte di Bruxelles, dopo aver stabilito che la cessione è una vera vendita, e che, per conseguenza, è retta dal principio

---

(1) Cassazione, 23 febbraio 1869 (Dalloz, 1869, 1, 196).
(2) Duvergier, t. II, p. 213, n. 175. Colmet de Santerre, t. VII, p. 180, n. 135 *bis* I.

dell'art. 1583, dice che, se altrimenti avviene nell'antico diritto, la ragione si è che i principii erano diversi. Un tempo occorreva una tradizione o atti legali per la trasmissione della proprietà. Il codice ha derogato a questa regola stabilendo un nuovo principio in forza del quale la proprietà si trasmette per solo effetto della convenzione, vale a dire del concorso della volontà. Questo principio si applica alla cessione come ad ogni vendita. Non è che nell'interesse dei terzi che la legge esige una notifica od una accettazione. Fra le parti il solo consenso basta per perfezionare il contratto (1).

473. Occorre uno scritto per la validità della cessione? Si legge in una sentenza che « la scrittura è dell'essenza della cessione ». Se si prendesse questo considerando alla lettera, bisognerebbe indurne che la cessione è un contratto solenne, ciò che la Corte non ha certamente voluto dire. Essa soggiunge che l'art. 1690 basta per dimostrarlo, poichè esso impone al cessionario l'obbligo di notificare l'atto di trapasso, e fino a questa notificazione egli non è, relativamente ai terzi, proprietario del credito ceduto (2). Così, nel concetto della Corte, lo scritto sarebbe una condizione essenziale, perchè la cessione abbia effetto a riguardo dei terzi, non potendo farsi la notifica senza che vi sia un atto di trapasso da notificare. Ritorneremo su questo punto. Pel momento basta constatare che la Corte di Bastia fa un'aggiunta al testo dell'art. 1690. La legge non dice che *l'atto* di trapasso deve essere notificato al debitore, ma che deve essergli notificato il *trapasso*, il che è ben diverso. Il codice non esige dunque alcun atto per la validità della cessione, come non lo esige per la validità di qualunque vendita.

474. L'art. 1689 dispone: « La cessione ad un terzo d'un credito, d'un diritto o di un'azione si eseguisce tra il cedente ed il cessionario mediante la consegna del documento che li comprova ». Così aveva già detto l'art. 1607; anzi, questa disposizione è più completa di quella dell'art. 1689, poichè qui non si parla che del trapasso dei crediti, mentre la prima accenna al trapasso dei diritti in generale, e decide che vi hanno diritti la cui tradizione si eseguisce coll'uso che il compratore fa del diritto ceduto, di consenso del venditore. Rimandiamo a quanto si è detto sulla consegna. Ripetendo nell'art. 1689 quanto aveva detto nell'art. 1607, pare che il legislatore annetta qualche importanza particolare alla consegna del titolo, e si potrebbe credere che questa consegna si colleghi alla disposizione del-

---

(1) Bruxelles, 30 novembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 306, e DALLOZ, v. *Vente*, n. 1727), Gand, 31 dicembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 382). Bastia, 6 marzo 1855 (DALLOZ, 1855, 2, 305).

(2) Bastia, 6 marzo 1855 (DALLOZ, 1855, 2, 305).

l'art. 1690 che tratta della trasmissione del diritto ceduto. La consegna, in materia di cessione, è forse richiesta perchè la proprietà del diritto passi al cessionario, sia fra le parti, sia a riguardo dei terzi? No, non bisogna attribuire alla legge quello che essa non dice. L'art. 1689 parla unicamente della consegna. Ora, secondo la teoria del codice, la consegna non ha nulla di comune colla traslazione della proprietà, la quale si effettua mediante il semplice consenso. La consegna non è più che l'esecuzione del contratto coll'immissione in possesso del compratore. Fra le parti, non vi ha alcun dubbio, sebbene altra volta i tribunali siano caduti in errore (1). Diremo più avanti come lo stesso accada a riguardo dei terzi.

§ II. — *A riguardo dei terzi.*

N. 1. — Regola generale.

475. L'art. 1690 dispone: « Il cessionario non ha alcun diritto verso i terzi se non dopo aver denunziato al debitore la seguita cessione. Nullameno il cessionario può avere lo stesso diritto, quando il debitore abbia accettata la cessione mediante atto autentico ». Questa disposizione è una regola generale applicabile alla cessione di ogni sorta di diritti? Così ha giudicato, nei termini più formali, la Corte suprema. Si legge nella sentenza che la disposizione dell'art. 1690 si applica non soltanto al trapasso di crediti, ma anche al trapasso dei diritti o delle azioni contro un terzo, e, genericamente, di tutti i diritti incorporali che formano la materia del capo VIII, intitolato: « Della traslazione dei *crediti ed altri diritti incorporali* » (2).

Duvergier dice che, malgrado il suo rispetto per la Corte suprema, gli è impossibile approvare una sentenza così motivata (3). Per meglio dire, la sentenza non è motivata affatto. Come tante altre, essa si limita ad affermare, e ciò che afferma contrasta colla lettera e collo spirito della legge. È vero che l'art. 1690, 1.° alinea, sembra generale ed assoluto. Esso dice che il *cessionario* non ha diritto verso i terzi se non dopo fatta la denunzia della cessione, e ciò può ritenersi applicabile ad ogni cessionario, qualunque sia il diritto ceduto. Ma la legge soggiunge qualche cosa di cui la Corte di cassazione non tien conto. A chi deve esser fatta la *denunzia?* Al *debitore.* Da chi si fa l'*accettazione,*

---

(1) Cassazione, 20 fruttidoro anno X (DALLOZ, v. *Vente*, n. 284). Rigetto, 3 febbraio 1829 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1724).
(2) Rigetto, 23 luglio 1835 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1961, 1.°).
(3) DUVERGIER, t. II, p. 431, n. 351.

in mancanza di denunzia? Dal *debitore,* dice il 2.° alinea dell'art. 1690. Ora, perchè vi sia un *debitore,* è necessaria una obbligazione, e quindi il testo non s'applica che ai diritti di credito, vale a dire ai diritti che un *creditore* ha contro il suo *debitore.* Appunto perchè vi ha un debitore la legge prescrive la denunzia o l'accettazione, affinchè il debitore sappia che ha cambiato di creditore, e che può e deve pagare al cessionario. Così dispone l'art. 1691. Ecco testi formali che restringono e limitano la disposizione che la Corte suprema dichiara generale e assoluta. Trattasi invece piuttosto di una disposizione particolare ed eccezionale. Questo carattere dell'art. 1690 è in armonia collo spirito generale del codice. Come si trasferisce la proprietà? Per effetto delle obbligazioni, dice l'art. 711, ossia dei contratti. Quando, sotto quali condizioni, i contratti trasferiscono la proprietà? Basta il concorso di volontà, dice l'articolo 1138. Non vi ha più nè tradizione nè atto legale. Occorre forse, a riguardo dei terzi, qualche formalità, una immissione in possesso, od una pubblicità qualsivoglia? No, secondo il sistema del codice. L'art. 1141 prevede un'ipotesi speciale in materia di vendita mobiliare, e quanto alle vendite immobiliari, il codice non ha richiesto la trascrizione. Quanto ai diritti, l'art. 1691 consacra implicitamente lo stesso sistema, perchè la sua disposizione è particolare, eccezionale. Ora, l'eccezione conferma la regola. La regola è dunque, così pei diritti, come per le cose corporali, che il contratto o il concorso di volontà basta per trasmetterli al cessionario, tanto a riguardo dei terzi quanto fra le parti (1). Esponendo il sistema del codice, non intendiamo giustificarlo. La più completa pubblicità deve presiedere ad ogni trasmissione di diritti o di proprietà. Ecco la vera teoria. Il legislatore belga l'ha consacrata, come diremo al titolo delle *Ipoteche.*

476. La regola è dunque che i diritti si trasmettono, così a riguardo dei terzi come fra le parti, per semplice effetto della cessione, ovvero pel concorso di volontà delle parti contraenti. L'eccezione è che per certi diritti, i diritti di credito, occorre una notifica od un'accettazione, perchè il cessionario ne sia investito rispetto ai terzi. A quali diritti s'applica la regola, e a quali diritti s'applica l'eccezione? Il principio si trova nell'art. 1690 che consacra l'eccezione. Dal momento che non si è nell'eccezione, si rimane sotto l'impero della regola. L'eccezione concerne i diritti di credito, vale a dire i diritti che un creditore ha contro il suo debitore, per costringerlo ad eseguire od a compiere ciò che si è obbligato di fare o di dare. La regola è dunque applicabile alla cessione di tutti i diritti che non sono diritti di credito (2).

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 428, n. 351.
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 421 e seg., § 359.

477. L'applicazione dà luogo a nuove difficoltà. Vi ha una categoria di diritti pei quali non vi ha alcun dubbio, vale a dire i diritti reali, come le servitù, l'usufrutto. Ciò che caratterizza questi diritti si è ch'essi esistono e si esercitano sopra una cosa, indipendentemente da ogni vincolo d'obbligazione fra colui che possiede la cosa e colui al quale appartiene il diritto. Non vi ha debitore nè creditore, e quindi non si è nei termini nè nello spirito dell'art. 1690. Ciò significa che i diritti reali rimangono sotto l'impero della regola generale. La cessione ne opera il trasferimento, senza l'osservanza delle formalità prescritte dall'art. 1690.

478. Gli è lo stesso, a nostro avviso, della cessione dei diritti successorii. L'eredità non è un diritto di credito, ma un diritto di proprietà, perchè il successibile che vende i suoi diritti successorii accetta la successione pel fatto solo dell'alienazione e accettando rende definitivo l'effetto durante dall'apertura dell'eredità. Ora, dal momento in cui la successione si apre, il successibile è proprietario dei beni lasciati dal defunto, come è debitore di ciò che il defunto doveva. La cessione dei diritti successorii è dunque una trasmissione di proprietà. Essa non differisce dalla vendita ordinaria se non perchè l'oggetto della vendita è una universalità che comprende l'attivo e il passivo ereditarii, ma ciò non immuta per nulla i principii che reggono la trasmissione dei diritti. Per sapere se l'art. 1690 è applicabile, bisogna guardare alla natura del diritto ceduto. Dal momento che non vi ha creditore nè debitore, si è fuori dei termini della legge, e siccome questa legge è un'eccezione, bisogna escluderla per applicare la regola generale. Adunque il cessionario di diritti successorii ha diritto verso i terzi senza mestieri di notifica, nè di accettazione. Se ne vuole una prova palpabile? Se chi cede i suoi diritti è l'erede unico, a chi farà il cessionario la denuncia? L'applicazione della legge è impossibile, perchè non vi ha debitore a cui la cessione possa essere notificata. La legge è inapplicabile anche quando vi hanno più eredi, perchè anche in questo caso non vi esiste nè debitore nè creditore (1).

La dottrina è unanime in tal senso. La giurisprudenza invece è divisa. Però, essendosi la sezione civile, nell'ultima sentenza emanata sulla materia, pronunciata per l'opinione generale e contro la sezione delle richieste, si può dire che la giurisprudenza tende a mettersi d'accordo coll'insegnamento degli scrittori (2). Disgraziatamente la sentenza della

(1) DUVERGIER, t. II, p. 427, n. 351, e tutti gli autori (AUBRY e RAU, t. IV, p. 424, nota 24, § 359).

(2) Rigetto, 6 luglio 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 414) e Corte di cassazione del Belgio, rigetto, 30 maggio 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 392). Vedi le antiche sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1960-1962.

sezione civile si limita ad una semplice affermazione, come fa quella della sezione delle richieste che abbiamo censurato (n. 474). La Corte suprema cassa le sentenze che non sono motivate, ma farebbe bene a darne l'esempio motivando essa le sue proprie decisioni. Si è ridotti a cercare, nelle relazioni dei consiglieri, le ragioni che hanno potuto determinare la Corte, ed anche questo non è sicuro, poichè la Corte non s'appropria i motivi dati dal relatore. Nella specie, queste ragioni sono del resto estremamente deboli. Lasciamo da parte una considerazione fondatissima, ma che si rivolge al legislatore. Senza dubbio il sistema del codice è cattivo, retrogrado, perchè ha preferito la clandestinità romana alla pubblicità consuetudinaria. Anche il sistema dell'art. 1690 è difettoso, ma i vizi della legge non danno ragione all'interprete di coartarne il significato. Si è pure alluso alla possibilità che nei diritti successorii venduti non vi fossero che crediti, la qual cosa renderebbe applicabile l'art. 1690. Singolare argomento! A questa ipotesi si può rispondere con un'altra ipotesi, vale a dire che può anche accadere non esista alcun credito nell'eredità. Ma la questione è posta male. L'erede che vende i suoi diritti successorii non cede i crediti che si trovano nel suo lotto. Infatti, la vendita dell'eredità non cade sopra determinati oggetti, ma sopra una universalità, e questa universalità costituisce un credito? La negativa è così evidente che non vale la pena d'insistere oltre.

Gli scrittori hanno fatto una specie di concessione alla sezione delle richieste. Essi ammettono che se vi sono crediti nella eredità venduta il cessionario non ha diritto verso i terzi che dopo fatta la denunzia o dopo l'accettazione del debitore (1). La soluzione ci pare molto dubbia. L'art. 1690 prescrive che la cessione di un credito sia notificata. La questione si riduce dunque a sapere se l'erede che vende i suoi diritti successorii cede i crediti che vi sono compresi, e se il compratore è cessionario di questi crediti. Abbiamo detto che non sono i crediti ereditarii che formano l'oggetto della vendita, ma una universalità, e quindi non vi ha cessione di crediti. Se ne vuole la prova certa, scritta nel testo della legge? Se l'erede cedesse i crediti ereditarii, ne dovrebbe garantire l'esistenza (art. 1693). Ora, l'art. 1696 dice che il venditore d'una eredità non garantisce nulla, tranne la sua qualità d'erede; non vende dunque i crediti, e quindi il compratore non ne è cessionario, nel senso dell'art. 1690.

479. La cessione di diritti aventi per oggetto beni immobili va sottoposta all'art. 1690? Vi hanno sulla questione due sentenze della Corte suprema. La prima è stata pronunciata nel caso seguente. Un decreto imperiale del 12 ottobre 1807

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 427. MARCADÉ, t. VI, p. 347, n. V dell'art. 1698.

immise gli eredi del duca di Loos-Corswarem nel possesso dei beni ch'erano stati confiscati al loro autore. Una delle eredi vendette la sesta parte indivisa che le spettava nei detti beni. Si trattava di sapere se questa vendita fosse soggetta alle formalità dell'art. 1690.

La Corte di cassazione ha giudicato benissimo che l'atto in controversia non costituiva nè un trapasso di credito o di altri diritti incorporali, nè una vendita di diritti ereditarii o successorii, ma una trasmissione reale di determinati oggetti corporali, e immobiliari, di cui l'acquirente acquista la proprietà, a riguardo di tutti, per solo effetto della vendita. È vero che la vendita concerneva una parte indivisa di questi beni, ma ciò non toglie ch'essa cadesse sopra determinati oggetti. La divisione non fa che circoscrivere e limitare i diritti dell'erede a certi effetti, ma non cambia la natura di questi diritti. Trattavasi dunque della vendita d'una data porzione d'un immobile, e quindi della cessione d'un diritto di proprietà e non d'un diritto di credito; il che è decisivo (1).

Ecco il secondo caso nel quale vi ha dubbio. Sono venduti alcuni beni durante la minorità del proprietario. Questi, divenuto maggiore, propone un'azione di rivendicazione contro un terzo acquirente, e cede poi i suoi diritti su questi beni surrogando il cessionario nel beneficio dell'azione da lui introdotta. Il cessionario deve denunziare questo trapasso per aver diritto verso il terzo possessore? È stato giudicato che era applicabile l'art. 1690, per la ragione che l'atto racchiudeva, non già la vendita d'un immobile, ma il trapasso del diritto che il venditore pretendeva avere su questo immobile (2). La ragione non ci pare decisiva. Bisogna vedere ancora se il diritto che il cedente reclamava nelle vie giudiziali fosse un diritto di credito o un diritto reale. Ora, l'attore agiva mediante rivendica contro un terzo acquirente in questa qualità; non era quindi un creditore che procedesse contro il suo debitore, ma un proprietario che sequestrava la cosa sua nelle mani di colui che la possedeva. Non si era nei termini nè nello spirito dell'art. 1690.

480. Vi è un ultimo punto che dà luogo a controversia. Si insegna che la cessione di diritti, anche personali, sopra oggetti mobiliari o immobiliari determinati nella loro individualità, come una locazione, non è soggetta all'articolo 1690 (3). La Corte di Parigi ha ritenuto il contrario (4). Pare a noi che su questo punto la giurisprudenza

---

(1) Cassazione, 22 aprile 1840 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1799, 2.°).

(2) Rigetto, 17 marzo 1840 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1980). In senso contrario, AUBRY e RAU, t. IV, p. 424, § 359.

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 425, § 359.

(4) Parigi, 24 gennaio 1873 (DALLOZ, 1874, 2, 140).

abbia ragione contro la dottrina. Dal momento che vi ha un debitore e un creditore, si è nei termini dell'art. 1690. Ora, il diritto d'affitto è un diritto di credito, sebbene cada sopra determinati oggetti. Il conduttore non esercita il suo diritto di godimento sulla cosa indipendentemente da un vincolo d'obbligazione, ma agisce contro un debitore che si è obbligato a farlo godere, e quindi, secondo il testo della legge, la cessione deve essere notificata a questo debitore. È vero che in generale i diritti di credito non hanno per oggetto una cosa determinata; ma l'art. 1690 non limita le formalità che prescrive ai crediti che attribuiscono al creditore una semplice garanzia generica sui beni del suo debitore; esso è invece redatto nel più ampio senso. Perciò, restringendolo, si introduce nel codice una distinzione che il legislatore non ha voluto. Questa differenza ne pare decisiva in favore della giurisprudenza.

N. 2. — Della trasmissione dei crediti a riguardo dei terzi.

I. — Il principio.

481. L'art. 1690 dice che il cessionario non *ha diritto* (*n'est saisi*) verso i terzi, se non dopo aver notificata al debitore la seguita cessione, o quando il deditore abbia accettata la cessione stessa mediante atto autentico. Qual'è il valore della parola *saisi?* Essa deriva dalla consuetudine di Parigi, il cui art. 108 è così concepito: « Un semplice trapasso *ne saisit point.* Bisogna notificare il trapasso alla parte e farne copia ». Pothier ci spiegherà il senso che si attribuiva, nell'antico diritto, alle parole *saisir* e *saisine.* Il trapasso d'un credito è, prima che sia stato notificato al debitore, ciò che è la vendita d'una cosa corporale prima della tradizione. In quel modo che il venditore d'una cosa corporale rimane, prima che ne sia stata fatta la tradizione, possessore e proprietario della cosa venduta, così il cedente, fino a quando il cessionario non ha fatto notificare al debitore il trapasso, non resta privato del credito che ha ceduto: in altri termini, la proprietà, nell'antico diritto, non si trasmetteva al compratore se non col possesso. Ora, il cessionario non aveva diritto o non era in possesso, a riguardo del debitore e di tutti i terzi, se non colla notifica del trasferimento. In questo medesimo senso l'articolo 1690 dispone che il cessionario non ha diritto, verso i terzi, se non dalla denunzia o dall'accettazione della cessione; salvo che, ciò che altre volte era il diritto comune è divenuto, nel diritto moderno, una eccezione. L'acquirente d'una cosa corporale diviene proprietario tanto a riguardo dei terzi come a riguardo del venditore, pel solo fatto della convenzione o del consenso (tale era almeno il sistema del codice civile),

mentre per la cessione dei crediti la legge esige una formalità, una denunzia od una accettazione, perchè il cessionario divenga proprietario rispetto ai terzi. Ecco il significato della parola *saisi* e del principio che la legge stabilisce (1).

482. Così il principio stabilito dall'art. 1690 indica che il cessionario non diviene creditore a riguardo dei terzi che colla denunzia o l'accettazione della cessione, mentre rispetto al cedente acquista la proprietà del credito pel solo fatto della vendita. Quale è il motivo di queste formalità speciali alla cessione dei crediti? Si è detto a ragione trattarsi di una specie di pubblicità che la legge richiede perchè la cessione possa essere opposta ai terzi, i quali, senza questa pubblicità, non avrebbero alcuna notizia della cessione e potrebbero facilmente essere ingannati. Riguardo al debitore ceduto, la pubblicità è completa, perchè egli è avvertito direttamente dalla notifica del trapasso, e se l'accetta, la sua accettazione implica ch'egli ha conoscenza della cessione. La pubblicità è minore rispetto agli altri terzi che hanno interesse a conoscere l'esistenza del trapasso, anzi si potrebbe credere, a primo aspetto, che a loro riguardo la cessione rimanga clandestina. Ma la legge suppone che i terzi sappiano che la cessione non ha alcun effetto contro il debitore, finchè non gli è stata notificata, e quindi la più semplice prudenza impone loro di rivolgersi al debitore per informarsi se gli è stata fatta una notificazione. Tale sarebbe un secondo cessionario o un creditore pignoratizio (2).

La pubblicità è certamente imperfetta se si confronta con quella che risulta da un'iscrizione su pubblici registri, e per tal motivo la legge belga sul regime ipotecario ha prescritto una pubblicità più efficace, ordinando che la cessione dei crediti ipotecarii o privilegiati non possa essere opposta ai terzi se non quando sia stata inscritta sul registro del conservatore delle ipoteche (art. 5). Ma questa derogazione al codice civile è limitata ai creditori che sono garantiti da una ipoteca o da un privilegio; gli altri crediti restano sotto l'impero del codice. Ritorneremo sull'innovazione al titolo delle *Ipoteche*.

Dobbiamo consigliare i nostri giovani lettori a diffidare di ciò che Troplong dice relativamente ai motivi delle formalità prescritte dall'art. 1690 (3). Egli pretende che l'art. 1690 sia il corollario del principio stabilito dall'art. 1141, il quale vuole che in fatto di mobili il possesso non si trasmetta a riguardo dei terzi che colla

(1) Pothier, *Della vendita*, n. 554. Colmet de Santerre, t. VII, p. 181, n. 136, *bis* I.

(2) Mourlon, t. III, p. 272, nn. 678 e 680. Duvergier, t. II, p. 217, n. 180.

(3) Troplong, p. 448, n. 883.

tradizione. Anzitutto non si tratta di sapere se sia trasferito il *possesso*, poichè le *saisine* dell'art. 1690 riguarda il trasferimento della *proprietà*; per di più è inesatto riferire l'art. 1690 all'art. 1141, perchè i principii che governano la vendita dei mobili corporali e quella dei diritti di credito sono affatto diversi. Chi acquista un mobile corporale diviene, in generale, proprietario in confronto di tutti dal momento che la vendita è perfetta, indipendentemente dalla tradizione, salvo nel caso eccezionale previsto dall'art. 1141; mentre il cessionario d'un credito non diventa proprietario, a riguardo dei terzi, pel solo fatto della cessione. Quanto al motivo per cui la legge esige una formalità speciale, affinchè il cessionario divenga proprietario rispetto ai tenzi, esso è estraneo alla trasmissione del possesso. Ciò era vero nell'antico diritto, che Troplong ama molto di consultare, ma che talvolta lo fuorvia invece di illuminarlo; non è più vero in diritto moderno. In questa materia bisogna dunque lasciar da parte il diritto antico. Se il legislatore ha assoggettato le cessioni di crediti ad ad una certa pubblicità, mentre non ne stabilisce alcuna per la vendita di cose corporali, la ragione è semplicissima, perchè. cioè, vi ha in causa un debitore, e il debitore deve essere necessariamente informato della cessione, avendo questa per effetto di farlo cambiar di creditore; e, una volta richiesta la formalità nell'interesse del debitore, doveva giovare a tutti i terzi. Ecco come avviene che il codice ha organizzato una semi-pubblicità per la cessione di crediti, mentre la vendita, in generale, resta clandestina.

483. Quali sono le formalità che il cessionario deve adempiere per aver diritto verso i terzi? L'art. 1690 risponde alla domanda. Occorrono, o la notifica della cessione al debitore o la sua accettazione. Si è preteso che fosse necessaria, inoltre la tradizione colla rimessa del titolo, conformemente all'art. 1689. La giurisprudenza ha respinto questa pretesa, in quanto concerne il diritto del cessionario a riguardo del terzo (1), come l'ha rigettata per ciò che riflette i rapporti del cedente e del cessionario (n. 474). La ragione del decidere è identica. L'articolo 1689 dice semplicemente in che modo si fa la consegna, ma non esige la rimessa del titolo per la perfezione della vendita, nè per la trasmissione del diritto a riguardo dei terzi. Secondo il sistema del codice, la consegna o tradizione non ha nulla di comune col trasferimento della proprietà, nè fra le parti nè rispetto ai terzi; essa non riguarda che l'esecuzione della vendita. Se non è fatta, il venditore manca ad una delle obbligazioni che contrae verso il compratore, donde

---

(1) Bruxelles, 20 marzo 1821 (*Pasicrisie*, 1824, p. 76). Rouen, 14 giugno 1847 (DALLOZ, 1849, 2, 241). Confronta DUVERGIER, t. II, p. 215, n. 179.

risulta che questi può chiedere la risoluzione della vendita, ma finchè la vendita sussiste, egli è proprietario e rispetto al venditore e in confronto dei terzi.

1. — Della notifica.

484. Che cosa s'intende per notifica? La parola ha un significato tecnico. È il mezzo regolare di provvedere agli avvertimenti od alle ingiunzioni che le parti interessate vogliono o devono farsi, ed hanno luogo a ministero dell'usciere, il che assicura loro il vantaggio dell'autenticità, della forza probativa e della data certa. Quest'ultimo punto è importantissimo pel cessionario, poichè, se il credito vien ceduto a più persone, quella che compie per la prima la formalità della notifica avrà diritto verso i terzi (1).

La legge non dice nulla delle forme in cui deve essere fatta la notifica, e per ciò stesso si rimette al diritto comune. Occorre dunque che la notifica sia fatta personalmente o al domicilio (2). Se le parti contraenti avessero eletto un domicilio per l'esecuzione delle loro convenzioni, il cessionario che succede nel beneficio del contratto potrebbe fare la notifica della cessione a questo domicilio d'elezione? No, egli non potrà invocare il contratto a riguardo dei terzi fino a che non vi abbia diritto verso di loro, e non vi ha diritto che mediante una notifica fatta personalmente o al domicilio, il che implica il domicilio reale, quello ove si trova la persona, alla quale l'atto deve essere notificato. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Quale è lo scopo della notifica? Di portare la cessione a notizia del debitore e, per di lui mezzo, farla conoscere ai terzi. Occorre all'uopo una conoscenza reale e non fittizia. Ora, potrebbe essere fittizia se la notifica fosse fatta a un domicilio fittizio (3). Per la stessa ragione, se il debitore è uno straniero, la notifica non può farsi all'albo, come il codice di procedura (art. 69) permette per le citazioni, ma bisogna applicare, per analogia, l'art. 560 del detto codice, a termini del quale l'atto di sequestro o d'opposizione contro persone non dimoranti in Francia deve essere notificato personalmente o al domicilio. Vi ha la identica ragione per la notifica della cessione. In entrambi i casi si vuol impedire al venditore di pagare al suo creditore, e quindi bisogna fargli conoscere personalmente il fatto che gl'impedisce di pagare (4).

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. IV, p. 182, n. 136, *bis* II.
(2) Bruxelles, 23 marzo 1811 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1686).
(3) Bruxelles, 30 novembre 1809 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1753, 2.°).
(4) Parigi, 28 febbraio 1825 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1745.)

485. Chi deve fare la notifica? L'art. 1691 suppone che possa esser fatta indifferentemente dal cedente o dal cessionario, ma di regola è il cessionario che notifica la cessione, siccome quegli che vi ha maggiore interesse.

Che cosa deve notificare? L'art. 1690 risponde che deve notificare la cessione, ed è pure la cessione che deve essere accettata dal debitore. La cessione è la convenzione colla quale il cedente trasmette i suoi diritti al cessionario, e quindi è questa convenzione che deve essere notificata al debitore. Se le parti hanno steso un atto, è necessario che sia data copia di questo atto per far valere la cessione? La consuetudine di Parigi richiedeva che fosse data copia della cessione, ma questa disposizione non è stata riprodotta dal codice, perchè, è inutile far conoscere al debitore ed ai terzi le clausole del contratto che interessano solo le parti contraenti. L'unica cosa che essi abbiano interesse di sapere è il fatto della cessione del credito. Ecco tutto quanto dev'essere notificato al debitore. Così la pensano tutti gli scrittori, e la giurisprudenza ha consacrata questa opinione (1).

Dall'art. 1690 si è voluto inferire che la cessione debba essere fatta per iscritto. Ciò era vero secondo il sistema della consuetudine di Parigi, perchè la *copia* suppone un atto originale. Secondo la teoria del codice, non si può più esigerla, perchè la cessione esiste indipendentemente dalla scrittura, la quale non serve che di prova. È dunque una questione di prova, e non di validità della cessione e della notifica.

Si è domandato se la procura in virtù della quale si è fatta la cessione doveva essere unita all'atto che notifica la cessione. La negativa è certa. Che importa ai terzi di sapere che il cedente ha conferito mandato di cedere il suo credito, purchè il fatto della cessione sia certo, come si suppone? Nel caso presentatosi davanti la Corte di Bruxelles, la procura era citata nell'atto di cessione. Ciò basta, dice la Corte; salvo alle parti interessate domandarne la produzione, diritto che nessuno loro contesta (2).

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 218, n. 183 e tutti gli autori. Orléans, 26 febbraio 1813 e Tolosa, 11 gennaio 1831 (DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1756 e 1757). Bruxelles, 18 novembre 1845 (*Pasicrisie*, 1848 2, 218). Vi ha una sentenza in senso contrario di Bordeaux, 13 luglio 1848 (DALOZ, 1849, 2, 248).

(2) Bruxelles, 20 marzo 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 76).

2. — Dell'accettazione.

486. Il cessionario può esercitare il suo diritto anche coll'accettazione della cessione che il debitore faccia per atto autentico. L'accettazione tien luogo della notifica, la quale è un atto autentico, e quindi, secondo il sistema del codice, occorre un atto autentico perchè il cessionario abbia diritto verso i terzi. Quale ne è la ragione? Abbiamo detto che l'autenticità costituisce data certa alla cessione ed al sequestro a riguardo dei terzi, ma questa ragione non è decisiva, perchè anche gli atti per scrittura privata acquistano data certa mediante la registrazione. Gli atti autentici presentano un altro vantaggio, che è quello di prevenire le contestazioni alle quali dà luogo la verificazione della scrittura. È questo il motivo per cui la nostra legge ipotecaria richiede un atto autentico per la trascrizione. Il legislatore vuol dare certezza e stabilità alle convenzioni traslative di diritti mobiliari o immobiliari. Un'accettazione fatta per scrittura privata registrata sarebbe dunque insufficiente perchè il cessionario abbia diritto verso i terzi (1)

L'accettazione del debitore constata in modo più certo ancora della notifica che il debitore ha conoscenza della cessione, e non ne differisce che sotto il rapporto della forma. La notifica è un atto indipendente dalla cessione, e si fa col ministero dell'usciere; mentre l'accettazione del debitore può farsi nell'atto di cessione, purchè sia autentico, vale a dire ricevuto da un notaio. Questo modo di procedere semplifica le cose ed evita spese; nè vi ha alcun dubbio sulla sua legalità (2).

487. Si richiede l'accettezione autentica, perchè il cessionario abbia diritto verso i terzi. Fra i terzi, nell'interesse dei quali la legge vuole che la cessione sia notificata o accettata autenticamente, si trova il debitore ceduto. Se ne deve conchiudere che è necessaria un'accettazione autentica, perchè il cessionario possa opporre la cessione al debitore? Supponiamo che questi accetti per scrittura privata o verbalmente. Può egli dopo pagare validamente nelle mani del cedente? No, perchè la sua accettazione, in qualunque modo si faccia, implica un obbligo di pagare al cessionario. Quest'obbligo, al pari di ogni altra convenzione, è valido per solo effetto del concorso della volontà. Non occorre un atto autentico, e nemmeno una scrittura privata, poichè lo scritto non serve che di prova. L'art. 1690 non intende derogare a questi principii elementari. Se richiede

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 183, n. 136 *bis* III. Rennes, 29 luglio 1851 (DALLOZ, 1863, 1, 47).
(2) DURANTON, t. XVI, p. 506, n. 497.

un'accettazione autentica del debitore, ciò fa all'effetto che mercè sua il cessionario abbia diritto verso i terzi, quand'anche questi non ne avessero conoscenza, ma ciò non toglie che ogni terzo possa prendere un impegno particolare verso il cessionario, impegno che non obbligherà se non colui che lo prende, e differisce, per conseguenza, dall'accettazione autentica del debitore, la quale è efficace anche riguardo a coloro che l'ignorassero (1).

È questa l'opinione generale, e ci pare ch'essa sia confermata dal testo dell'art. 1691. Dopo aver stabilito nell'art. 1690 il principio che il cessionario non acquista diritti verso i terzi che in forza della notifica o dell'accettazione, la legge prevede, nell'articolo seguente, i rapporti tra il cessionario e il debitore. Se il debitore paga al cedente prima che gli sia stata notificata la cessione, il pagamento è valido, sancisce l'art. 1691. Deve dirsi altrettanto se non ha accettato per atto autentico? La legge non parla dell'accettazione, e quindi lascia la questione integra. Il silenzio della legge rispetto all'accettazione implica anzi che non è necessaria un'accettazione autentica per impedire il pagamento. Non decidendo la questione, il legislatore la lascia sotto l'impero dei principii generali.

La giurisprudenza è in questo senso. È fatta una cessione per scrittura privata. In calce allo scritto il debitore dichiara di accettare la cessione. Posteriormente il creditore fa una seconda cessione del credito, e il nuovo cessionario notifica la cessione al debitore È stato giudicato che il debitore, accettando la cessione, si era obbligato personalmente verso il cessionario e che doveva pagarlo, malgrado la notifica della seconda cessione (2).

Identica decisione fu resa nel caso seguente. Si fa la cessione con un atto intervenuto fra il cedente, il debitore ceduto e il cessionario. Il creditore consente una riduzione del credito a vantaggio del debitore ceduto; indi la convenzione stipula che il debitore pagherà il credito così ridotto al cessionario. Fu giudicato che questa convenzione è obbligatoria fra il cedente, il cessionario e il debitore, indipendentemente da ogni notifica od accettazione autentica (3).

488. Che dovrà dirsi se il debitore ha avuto notizia della cessione senza accettarla e senza prendere alcun impegno verso il cessionario? Potrà questi invocare contro il debitore la sua conoscenza? La questione è controversa, e vi sono serii dubbi. Essa si presenta non solo a riguardo del debitore, ma anche

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 505, n. 496, e tutti gli autori.
(2) Rigetto, 31 gennaio 1821 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1777, 1°.).
(3) Rigetto, 1.° dicembre 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 439). Confronta Pau, 5 maggio 1836, e Orléans, 29 novembre 1838 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1777, 3.° e 4.°). Bruxelles, 12 luglio 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 293).

per ogni terzo che ha conosciuta la cessione, senza che vi sia stata nè notifica nè accettazione. Dobbiamo dunque vedere innanzi tutto se vi sia un principio che possa applicarsi a queste diverse ipotesi.

Abbiamo detto che le formalità prescritte dall'art. 1690 costituiscono una specie di pubblicità che la legge stabilisce nell'interesse dei terzi. La questione di principio è dunque questa. Quando la legge organizza un modo di pubblicità, il fatto giuridico che deve essere reso pubblico non esisterà, a riguardo dei terzi, che quando queste formalità saranno state adempiute, o si può ammettere come un equipollente la cognizione che i terzi hanno acquistato del fatto? Posta così, la questione deve essere decisa negativamente, perchè le formalità stabilite a vantaggio dei terzi sono d'interesse generale, e queste formalità non ammettono equipollenti. Dal momento che non sono adempite, il fatto non reso pubblico non esiste a riguardo dei terzi, quand'anche ne avessero avuto conoscenza. Vi ha un testo che decide la questione in tal senso. Il codice prescrive la trascrizione degli atti che contengono una sostituzione. Supponiamo che la trascrizione non sia stata fatta, ma che i terzi interessati conoscano gli atti non trascritti. Questa conoscenza varrà trascrizione? No, dice l'art. 1071: « La mancanza della trascrizione non potrà essere supplita o scusata per la notizia che in qualunque altro modo i creditori o i terzi acquirenti potessero avere avuto della disposizione ». Non bisogna però dare troppa importanza a questa disposizione, la quale non pone un principio generale. Forse non trova altra ragione che nel fatto che le sostituzioni non sono favorite.

La questione che esaminiamo ha anche un altro aspetto. Perchè si prescrive la pubblicità? Per portare un fatto giuridico a notizia dei terzi, affine d'impedire che siano ingannati dalla clandestinità dell'atto. Ora, è necessario prevenire quelli che sono prevenuti? Se i terzi hanno notizia dell'atto non reso pubblico, possono dire che la mancanza di pubblicità li ha indotti in errore? Quando agiscono come se ignorassero l'atto, mentre lo conoscono, non agiscono in mala fede? E se sono in mala fede, non devono rispondere delle conseguenze del loro dolo, e la responsabilità non deve condurre alla conseguenza che coloro che hanno trattato in mala fede non possano invocare la mancanza di pubblicità dell'atto che conoscono, malgrado l'inosservanza della legge? A queste quistioni la nostra legge ipotecaria risponde affermativamente. L'art. 1.° ordina la trascrizione degli atti traslativi e dichiarativi di diritti reali immobiliari, e decide che gli atti non trascritti non possono essere opposti ai terzi che avranno contrattato *senza frode*. Il principio è dunque che gli atti non trascritti sono ritenuti come inesistenti a riguardo dei terzi, ma la legge vi fa eccezione quando i terzi sono in mala fede, e sono in mala fede quando contrattano come se ignorassero gli atti non resi pubblici, mentre ne avevano notizia.

Tale è, a nostro credere, la vera dottrina. La semplice conoscenza che i terzi hanno degli atti non resi pubblici non equivale alla pubblicità legale, la quale non ammette equipollenti; ma altra è la questione di sapere se la mancanza di pubblicità può essere invocata da coloro che avevano notizia dell'atto non reso pubblico e che hanno agito come se non lo conoscessero. Questi sono colpevoli di mala fede, di frode, come dice la nostra legge ipotecaria, e la frode non fa eccezione ad ogni regola? Quando la legge organizza un sistema di pubblicità nell'interesse dei terzi, lo fa nell'interesse dei terzi che vogliono ingannare, o in quello dei terzi che corron pericolo d'essere ingannati dalla clandestinità degli atti che sono interessati a conoscere? Il legislatore protegge la buona fede, e non intende certo apprestar armi alla mala fede.

489. La dottrina e la giurisprudenza sono incerte ed esitanti sulla quistione. Esse non risalgono ad un principio generale, e si limitano a decidere le difficoltà che si presentano in materia di cessione. In mancanza d'un principio, le inconseguenze e le contraddizioni sono inevitabili.

Vi ha un'ipotesi in cui la giurisprudenza applica il principio quale noi lo abbiamo formulato (n. 488). Il creditore, dopo aver ceduto il suo credito ad un primo cessionario, senza che vi sia notifica nè accettazione, cede lo stesso credito ad un secondo cessionario che notifica immediatamente la sua cessione. Accade che questo secondo cessionario aveva notizia della prima cessione al momento in cui trattava col creditore. Vi ha mala fede da parte del cessionario. La legge, decidendo che una cessione non notificata nè accettata non può essergli opposta, ha voluto impedire ch'egli rimanesse vittima della frode perpetuata dal creditore il quale vendesse un credito che non gli appartiene più; ed ecco che il terzo si fa complice della frode. Il legislatore avrebbe forse ordinata la pubblicità per facilitargli la frode? No, certo, e quindi il terzo di mala fede non può invocare la mancanza di pubblicità legale: la legge non è fatta per lui. La buona fede, dice la Corte di cassazione, è necessaria per la validità dei contratti: essa sola può invocare l'applicazione delle regole che li governano (1). Un'altra sentenza decide che la notifica o l'accettazione si richiede perchè il cessionario abbia diritto verso i terzi di buona fede (2). È, in altri termini, il principio della nostra legge ipotecaria. La Corte è molto imbarazzata nel motivare decisioni che sembrano contrarie al testo dell'art. 1690. Ecco il ragionamento che essa fa per giungere alla stessa conclusione. Il cessionario che, al momento della cessione, sapeva o doveva sapere esistere una precedente cessione, non notificata, dello stesso credito, è per lo

(1) Rigetto, 14 marzo 1831 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1736).
(2) Rigetto, sezione civile, 4 gennaio 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 60).

meno colpevole d'imprudenza. Egli reca danno, colla sua colpa, al primo creditore, e per conseguenza, questi può essergli preferito a titolo di danni ed interessi (1). Così formulata, la decisione non sfugge alla critica. Per escludere l'art. 1690, è d'uopo vi sia mala fede, frode, e quindi non basta che un secondo cessionario abbia potuto e dovuto conoscere la prima cessione, ma occorre che ne abbia avuto una notizia così certa come se vi fosse stata notifica o accettazione. Una semplice imprudenza non basterebbe, perchè l'imprudenza non costituisce il cessionario in mala fede, e sotto pretesto di danni ed interessi non si può sfuggire all'art. 1690.

La giurisprudenza non è unanime. Una sentenza della Corte di Parigi si è pronunciata in favore del secondo cessionario per la ragione che l'art. 1141 non può essere applicato a due cessionarii successivi dello stesso credito. Questo è verissimo. La critica s'indirizza a Duvergier, il quale ha torto d'invocare l'art. 1141. Questa disposizione, molto mal compresa, non si applica che ai mobili corporali, è una conseguenza della massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo; ed è universalmente ammesso che questa massima non s'applica ai diritti ed ai crediti (2). Aubry e Rau stabiliscono come principio che la cessione non notificata nè accettata non può essere opposta ad un secondo cessionario per la semplice notizia ch'egli ne avesse acquistato, ma aggiungono la riserva, che il secondo cessionario non può invocare la mancanza di notifica o d'accettazione, se è colpevole di mala fede o di grave imprudenza (3) Noi crediamo che un'imprudenza non basti per legittimare un'eccezione, e d'altra parte il solo fatto che il secondo cessionario contratta col creditore, quando ha una notizia positiva della prima cessione, lo costituisce in mala fede. Con tale intendimento è stato compilato l'art. 1.° della nostra legge ipotecaria dal quale deriviamo il nostro principio.

490. La divergenza d'opinioni è maggiore quando il conflitto esiste fra il cessionario e il debitore ceduto. Supponiamo che il debitore paghi il cedente, quando sa che il credito è stato ceduto. Il cessionario ha un'azione contro di lui? No, dice Duvergier: il debitore non ha diritto di rifiutare il pagamento, poichè la cessione, non notificata nè accettata, non può essergli opposta, e non vi ha alcun interesse, poichè l'art. 1691 dichiara valido il pagamento che egli facesse. Era questa, nell'antico diritto, l'opinione di Ferrière. Ve n'era un'altra la quale non permetteva al debitore di pagare a danno del cessionario, quando egli fosse altrimenti assicurato della cessione. Troplong è di

(1) Rigetto, 5 marzo 1838 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1786, 1.°).
(2) Parigi, 2 dicembre 1843 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1788). Cfr. DUVERGIER, t. II, p. 240, nn. 209 e 210.
(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 429, nota 13, § 359 *bis*.

questo avviso, e formula la riserva a suo modo: « Se i fatti da cui si vuole indurre la conoscenza nel debitore hanno qualche cosa di non equivoco, se non lasciano alcun dubbio sulla volontà del cessionario di usare della cessione » (1). Vi è un'opinione più radicale, secondo la quale la cessione non esiste a riguardo del debitore, se non ne sia intervenuta la notifica o l'accettazione, quand'anche il debitore ne avesse notizia. Questa dottrina si fonda sull'art. 1071, e pare non tenga alcun conto della mala fede del debitore (2). Marcadé ammette la stessa regola, ma fa un'eccezione in caso di frode. Aubry e Rau estendono l'eccezione all'imprudenza *grave* (3). Noi applichiamo al debitore il principio che abbiamo seguito pel cessionario. La legge è fatta per il debitore di buona fede, essa non mira punto a favorire la mala fede delle parti. Ora, il creditore che chiede o riceve il pagamento d'un credito da lui ceduto è in mala fede, e il debitore che lo paga si rende complice della frode, e quindi il cessionario ha azione contro di lui. Invano il debitore invocherebbe l'art. 1691. Gli si risponderebbe che la legge è fatta per i terzi di buona fede, e che non intende coprire colla sua protezione chi vuole prevalersene per frodare un cessionario.

La giurisprudenza è divisa come la dottrina. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione che la pretesa notizia della cessione, che il debitore avesse avuta, non può menomamente tener luogo dell'accettazione formale della cessione medesima (4). Ciò sembra troppo assoluto, ma in realtà la decisione non è così assoluta come si può credere, perchè non pare che la questione di mala fede e di frode sia stata sollevata. La sentenza parla d'una *pretesa notizia*, il che vorrebbe significare che non fosse certa. In simili circostanze la Corte ha ragione di dire che la notizia della cessione non equivale all'accettazione.

In un altro caso la Corte d'appello aveva deciso che la cessione del credito era valida a riguardo del debitore, quantunque non fosse stata notificata nè accettata. Essa si fondava sulla discussione seguita davanti il tribunale, sulle corrispondenze e i documenti della causa, e sulla notizia che aveva avuto il debitore dell'esistenza e della sincerità della cessione. Prodotto ricorso, la Cassazione decise che, apprezzando i diversi elementi della causa, la Corte di merito non aveva fatto

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 239, n. 208. TROPLONG, p. 452, n. 899.

(2) MOURLON, t. III, p. 274, n. 684. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 183, numero 136 *bis* V.

(3) MARCADÉ, t. VI, p. 325, n. I dell'art. 1691. AUBRY e RAU, t. IV, p. 429, e nota 12, § 359 *bis*.

(4) Rigetto, 6 marzo 1828 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1144). Cfr. rigetto, 17 marzo 1840 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1980). Bastia, 10 marzo 1856 (DALLOZ, 1856, 2, 178).

che usare del diritto che le appartiene in forza della legge (1). È chiaro che la Corte di cassazione non pronuncia la parola di mala fede, ma in sostanza la quistione, era questa; e il magistrato supremo avrebbe dovuto dirlo, per dare un'autorità giuridica alla sua decisione Una sentenza più recente stabilisce nettamente tale dottrina giudicando in via di massima « potersi considerare che il cessionario d'un credito abbia diritto verso il ceduto che ha in qualunque modo avuto notizia della cessione e *che ha voluto fraudolentemente paralizzarne l'effetto* » (2).

491. Il debitore acquista notizia della cessione, ma basta ciò perchè il cessionario abbia diritto non solo verso di lui, ma anche verso qualunque terzo? Così posta, la questione implica un non senso. Per la semplice notizia della cessione il cessionario non ha diritto verso il debitore; or come lo avrebbe verso i terzi? Se il debitore non può invocare la mancanza di notifica o d'accettazione, quando agisce conoscendo la cessione, è per la sua mala fede. Ora, egli solo è tenuto alle conseguenze della sua mala fede, e quindi i terzi di buona fede, vale a dire che agiscono ignorando la cessione, possono sempre invocare l'inosservanza delle formalità dell'articolo 1690.

Si pretende però che la giurisprudenza abbia deciso il contrario (3). Se così fosse, bisognerebbe dire che la giurisprudenza s'è ingannata. Noi crediamo che si confonda la semplice notizia che il debitore ha della cessione coll'accettazione tacita ch'egli ne fa per atto autentico. Può egli accettare tacitamente? Ecco la vera difficoltà. La legge non esige un'accettazione espressa, e quindi l'accettazione del debitore rimane sotto l'impero del diritto comune: è una manifestazione di volontà, e la volontà può manifestarsi tacitamente. Ma è necessario che si faccia per atto autentico, giacchè l'accettazione per scrittura privata non è che un'obbligazione personale assunta dal debitore (n. 487). Una sentenza della Corte di Rouen stabilisce nettamente il principio come noi l'intendiamo. Nella specie, vi erano tre condebitori in solido d'un credito ceduto, uno dei quali dichiarò, per atto d'usciere, di aver notizia della cessione e di protestare contro le disposizioni della medesima. Che cosa significava questa protesta? Se era ammessa dal giudice, il debitore non doveva pagare nelle mani del cessionario, ma se il giudice la rigettava, il debitore accettava implicitamente la cessione. Infatti, l'accettazione non è altro che la dichiarazione essere la cessione

---

(1) Rigetto, 17 agosto 1844 (DALLOZ, 1845, 4, 508).
(2) Rigetto, 17 febbraio 1874 (DALLOZ, 1874, 1, 281). Cfr. Bruxelles 2 luglio 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 180).
(3) TROPLONG, p. 453, n. 901. DALLOZ, *Repertorio*, v. *Vente*, n. 1785.

conosciuta dal debitore, il quale l'ammette come valida; e questa confessione essendo fatta per atto autentico, il voto dell'art. 1690 si trovava adempiuto (1).

La Corte di Rouen cita in appoggio della sua decisione una sentenza della Corte suprema che Troplong critica per aver consacrato l'assurda dottrina secondo la quale il cessionario avrebbe diritto verso qualunque terzo per la semplice notizia acquistata dal debitore della cessione. Ecco la specie. Il debitore ceduto era parte in una causa giudiziale, che vertiva fra il cedente e alcuni terzi, intorno alla proprietà del credito. La cessione fu notificata all'avvocato del debitore. È stato giudicato che questa notifica basta perchè il cessionario possa esercitare contro i terzi le azioni relative al credito, in particolare far opposizione ad una sentenza pronunciata in contumacia contro il cedente (2). Notiamo anzitutto che la Corte non giudica ciò che Troplong le fa dire in via di massima. È una sentenza fatto, e la Corte non si fonda sulla semplice conoscenza che il debitore aveva avuto della cessione, ma dice ch'egli ha avuto notizia sufficiente e ufficiale della cessione. Non è questo in sostanza ciò che esige l'art. 1690? Se il debitore è avvertito ufficialmente dell'esistenza della cessione, non è a ritenersi che vi sia prova autentica essere la cessione pervenuta a di lui notizia? La Corte di Rouen osservava esservi dubbio soltanto sul carattere autentico della notizia; che la notizia, per essere ufficiale, non risultava da un atto autentico, ma che, se fosse stata acquistata in forma autentica, avrebbe presentato tutte le garanzie richieste dalla legge.

3. — Quando devono essere adempite le formalità dell'art. 1690?

492. La legge non fissa alcun termine entro il quale la cessione debba essere notificata o accettata. Essa si rimette all'interesse che il cessionario ha di far la notifica il più presto possibile, affine di prevenire che terze persone acquistino, a suo danno, un diritto sul credito ceduto; ma se le cose restano integre, la notifica potrà essere fatta in ogni tempo. Il diritto è acquisito al cessionario colla cessione, ed egli può farlo valere contro i terzi, notificando la cessione al debitore, finchè i terzi non hanno acquistato alcun diritto sul credito.

493. Il principio non è dubbio, ma subisce eccezione in caso di fallimento del cedente. La notifica o l'accettazione resta senza effetto a riguardo dei creditori della massa se non ha avuto luogo che posteriormente alla sentenza dichiarativa di

---

(1) Rouen, 14 giugno 1847 (Dalloz, 1849, 2, 241).

(2) Rigetto, 25 luglio 1832 (Dalloz, v. *Effets de commerce*, n. 422). Cfr. la critica di Troplong, n. 901.

fallimento (1). La ragione si è che il fallimento opera la spogliazione del fallito a vantaggio dei creditori. Egli non può più pagare validamente i debiti non scaduti: la massa dei creditori rimane investita di tutti i suoi diritti, e questa massa essendo considerata come un terzo, il cessionario non può più notificare a suo danno. Trattasi dunque piuttosto di un'applicazione della regola che di un'eccezione.

Il cessionario decade dal suo diritto, poichè non può più esercitarlo contro la massa. Sarà a dirsi lo stesso se il cedente cade decotto? Non è senza sorpresa che leggiamo in una Raccolta molto diffusa che la decozione, al pari del fallimento, rende il debitore incapace di disporre d'alcuna parte dei suoi beni (2), mentre il principio precisamente contrario è insegnato dalla dottrina e consacrato dalla giurisprudenza. È vero che vi ha una sentenza della Corte di Bruxelles secondo la quale la cessione d'un credito e la notifica al debitore non possono più farsi posteriormente alla decozione (3), ma la decisione, pronunciata nei primi anni che hanno seguito la pubblicazione del codice, è stata redatta sotto l'influenza dell'antico diritto belga, che assimilava la decozione al fallimento, e ciò spiega l'errore della Corte. Il codice di commercio ha nettamente stabilito la distinzione. Le regole che governano il fallimento non sono applicabili alla decozione; il debitore civile, quantunque insolvibile, rimane padrone del suo patrimonio: esso può disporre dei suoi beni, e quindi cedere i suoi crediti, e nessun testo impedisce al cessionario di farne la notifica, salvo agli altri creditori impugnare l'atto come fatto in frode dei loro diritti. Tale è la dottrina universalmente accettata. Rimandiamo a quanto si è detto nel titolo delle *Obbligazioni*.

494. La notifica può farsi anche dopo la morte del cedente, perchè la sua volontà non v'interviene. A suo riguardo tutto è consumato dal momento che la cessione è perfetta; la notifica o l'accettazione non riguarda che i terzi. Si è sostenuto però che le formalità dell'art. 1690 non potevano più essere adempite quando l'eredità del cedente fosse accettata con beneficio d'inventario. L'accettazione beneficiata, si dice, deve essere assimilata al fallimento; la sorte dei crediti è irrevocabilmente fissata al momento dell'apertura della successione, come lo è colla dichiarazione di fallimento. Noi contestiamo il principio. L'equiparazione tra il fallimento e l'accettazione beneficiata non è esatta. Infatti, l'erede beneficiato è investito del patrimonio del defunto; come l'erede puro e semplice esso dispone dei beni, osservando le formalità legali. Non vi ha qui alcuna

(1) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. IV, p. 430, note 15-17, § 359 *bis*.
(2) Dalloz, *Repertorio*, v. *Vente*, n. 1685.
(3) Bruxelles, 23 marzo 1811 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1685).

spogliazione a profitto della massa dei creditori: questi non formano mai massa, e quindi nulla impedisce al cessionario di notificare la cessione e di opporla ai creditori. Si è invocato contro il cessionario anche l'art. 2146, il quale dichiara senza effetto l'iscrizione ipotecaria presa nei dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento o dopo l'apertura d'una eredità accettata con beneficio d'inventario. Ecco, si dice, l'assimilazione fra l'eredità benefiziata e il fallimento. La Corte di Parigi risponde benissimo che l'art. 2146 pronuncia una decadenza; che le decadenze sono di stretto diritto e non possono essere estese, nemmeno per analogia, da un caso a un altro. La Corte soggiunge che non esiste analogia fra le due situazioni. Nell'art. 2146, si tratta d'un creditore che, per mezzo di un'iscrizione, vuole acquistare un diritto di preferenza sopra un immobile in danno degli altri creditori; nella specie, si tratta della vendita d'un credito: il cessionario è proprietario, egli chiede di far valere la sua proprietà contro terzi creditori che non hanno alcun diritto sul credito, e quindi il cessionario è sotto l'impero del diritto comune. Finchè i terzi non hanno acquistato alcun diritto sul credito ceduto, egli può farne la notifica e opporla loro (1).

495. Il credito ceduto è colpito da sequestro da uno dei creditori del cedente. Si domanda se il cessionario può ancora fare la notifica della cessione. Bisogna distinguere. A riguardo del creditore sequestrante, la notifica non vale che come semplice opposizione; a riguardo degli altri creditori del cedente, come pure a riguardo d'un secondo cessionario, la notifica produrrà tutti i suoi effetti (2). È l'applicazione del nostro principio. La notificazione non può togliere alcun diritto ai terzi. Ora, il creditore sequestrante ha un diritto, mentre gli altri creditori e il nuovo cessionario non ne hanno alcuno; e quindi la notifica può essere utilmente fatta a riguardo di questi, mentre non può attentare al diritto che il sequestrante deriva dal sequestro.

4. — A quali atti s'applica l'art. 1690?

496. L'art. 1690 è un seguito dell'art. 1689; esso non dice quali sono i diritti la cui cessione deve essere notificata o accettata; ma l'art. 1689 spiega trattarsi dei crediti, dei diritti delle azioni contro un terzo. Noi abbiamo già avvertito che le formalità dell'art. 1690 non devono essere osservate se non quando la cessione

(1) Parigi, 10 maggio 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 156). Nello stesso senso Douai, 17 luglio 1833, e Bordeaux, 10 febbraio 1837 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1766).
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 430, nota 18, § 359 *bis*.

ha per oggetto un diritto di credito (n. 475). Parrebbe che il testo abbia una portata più estesa, poichè soggiunge ***un diritto od un'azione contro un terzo***. In realtà, queste espressioni non contengono che una spiegazione del principio Per vero: che cosa è mai un ***diritto contro un terzo?*** Si dice che questa frase comprende le rendite. Senza dubbio, ma anche le rendite sono un diritto di credito, e quindi non si tratta che dell'applicazione della regola. Quanto all'***azione,*** essa è il diritto esercitato giudizialmente. Ora, un diritto non cambia natura quando forma l'oggetto d'una controversia giudiziale. Su questo punto però vi ha dissenso. Si insegna che l'azione intentata può essere considerata come un diritto distinto, poichè crea un rapporto particolare fra l'attore e il convenuto, e se ne conchiude che l'azione diventa un diritto contro un terzo determinato, anche quando è fondata sopra un diritto reale; donde seguirebbe che la cessione di un'azione reale dovrebbe essere notificata, quando si fa dopo che l'azione è introdotta giudizialmente (1). Dubitiamo assai che ciò sia esatto. Il fatto che un diritto reale è perseguito giudizialmente non può modificare la natura del diritto. La domanda deve naturalmente essere proposta contro una persona determinata che è il possessore della cosa sulla quale l'attore pretende avere un diritto, ma ne consegue che l'azione prende un carattere di personalità; un diritto reale non può mai diventare un diritto personale. Non è dunque vero il dire che il cedente trasmette al cessionario soltanto le eventualità felici della causa intentata contro il convenuto e non gli conferisce il diritto d'agire contro ogni altra persona. Se il cessionario può agire contro il convenuto, non è perchè questi ha contratto un'obbligazione a suo riguardo, ma perchè possiede il fondo gravato d'un diritto reale, e quindi fa d'uopo, perchè possa agire contro di lui, che gli sia stato ceduto il diritto reale, e dal momento che vi ha cessione d'un diritto reale non siamo più nei termini dell'art. 1690 (n. 477).

497. L'art. 1690 è applicabile fra commercianti? Bisogna distinguere. Se si tratta d'un credito civile, la sua cessione si opera fra commercianti secondo il codice civile, perchè i commercianti sono soggetti al diritto comune in tutti i casi in cui il codice di commercio non vi derega. Ora, le leggi commerciali non derogano all'art. 1690, e quindi esso deve ricevere applicazione fra commercianti, quando il credito è civile. Così è stato giudicato riguardo alla cessione d'un credito la cui natura commerciale era contestata. La Corte avendo deciso che il credito era puramente civile, l'applicazione dell'art. 1690 non era più dubbia (2). La cassazione ha applicato questo principio al conferimento in società di crediti ordinarii. Il socio ne

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 179, n. 134 *bis* I.
(2) Rigetto, sezione civile, 26 gennaio 1863 (Dalloz, 1863, 1, 47).

trasferisce la proprietà alla società; questa è quindi cessionaria, e per conseguenza non acquista diritto verso i terzi che colla notifica della cessione (1).

Se il credito è commerciale, bisogna fare una nuova distinzione. Le lettere di cambio si trasmettono mediante semplice girata, e la loro proprietà è trasferita, a riguardo di tutti, in questo modo (cod. di comm., articoli 136 e 187). Quanto ai titoli al portatore, va da sè che la loro trasmissione si fa colla tradizione che avviene dalla mano alla mano (2). Se il credito non ha la forma d'un titolo commerciale, rimane sotto l'impero del diritto comune, sebbene sia commerciale e la cessione abbia avuto luogo fra commercianti. Vi è stata qualche incertezza su questo punto nella giurisprudenza. Troplong critica alcune sentenze le quali sembrano aver deciso che l'art. 1690 non è applicabile in materia di commercio. Duvergier ne prende la difesa e dice che vennero male interpretate (3). Lasciamo da parte questa controversia. I principii non sono dubbii e la giurisprudenza recente della Corte di cassazione è formale. La sezione civile ha giudicato che le regole stabilite dal codice Napoleone, formante il diritto comune, sono applicabili, anche in materia di commercio, su tutti i punti a riguardo dei quali la legge commerciale non ha stabilito disposizioni particolari Nella specie, si trattava della cessione d'una fattura sottoscritta dall'economo d'una strada ferrata a favore d'un commerciante. Si era tentato di darle la forma d'un effetto negoziabile, ma la sentenza impugnata avendo deciso che per la loro imperfezione le tratte non costituivano altro che crediti ordinarii, la Corte suprema ne conchiuse che, sebbene commerciali, la loro cessione non poteva farsi tra commercianti che colla notifica o l'accettazione autentica (4).

498. Si è tentato di dare alle obbligazioni notarili la forma e gli effetti d'un titolo negoziabile, stipulando che sarebbero pagabili all'ordine. Senza dubbio, è permesso convenire che un titolo di credito non commerciale sarà negoziabile per via di girata (nessuna legge lo vieta), ma questa convenzione non può cambiar la natura del titolo e trasformare un credito civile in lettera di cambio o in biglietto all'ordine. Colui al quale è girata l'obbligazione notarile ne diverrà proprietario, poichè tale è la volontà delle parti, ma non avrà diritto verso i terzi che colla notifica o l'accettazione della cessione. Per sottrarre le obbligazioni notarili alla regola dell'art. 1690, sarebbe stata

---

(1) Rigetto, 28 aprile 1869 (DALLOZ, 1869, 1, 445).

(2) Vedi un'applicazione in una sentenza di Bruxelles del 13 maggio 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 16).

(3) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, n. 1807. Cfr. TROPLONG, p. 462, n. 908; DUVERGIER, t. II, p. 261, n. 213.

(4) Rigetto, sezione civile, 27 novembre 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 56).

necessaria una disposizione formale del codice di commercio che assimilasse queste obbligazioni alle lettere di cambio, sotto le condizioni determinate dalla legge. Ora, il detto codice non contiene alcuna disposizione che attribuisca alla girata d'una obbligazione civile per sua natura gli effetti d'una lettera di cambio e d'un biglietto all'ordine. Il silenzio del codice è decisivo, perchè quando, per eccezione, esso vuol dare a un titolo notarile l'effetto d'un titolo negoziabile, lo dice, come fa per il prestito a cambio marittimo, che può esser fatto davanti notaio, ed essere tuttavia negoziabile per mezzo della girata se è all'ordine (cod. di comm., articoli 311 e 313) (1).

499. Vi hanno leggi speciali per la trasmissione delle rendite sullo Stato. Essa si fa per via di cessione (legge del 28 floreale, anno VII, decreto del 13 termidoro anno XIII).

500. La surrogazione ha una grande analogia colla cessione. Esiste però una differenza essenziale, val dire che la surroga non è una vendita, ma un pagamento. Ciò decide la controversia relativa all'applicazione dell'art. 1690. Questa disposizione non è applicabile alla surrogazione. È vero che il surrogato ha interesse a notificare la surroga al debitore, per impedirgli di pagare nelle mani del suo creditore. Ciò prova esservi una lacuna nella legge, ma il solo legislatore può colmarla. È quello che ha fatto la legge ipotecaria belga, assoggettando alla stessa pubblicità la cessione e la surroga quando il credito è garantito da un privilegio o da una ipoteca (v. XVIII, n. 26).

501. Quando la novazione s'opera per cambiamento di creditore, anche il nuovo creditore è interessato a far conoscere la novazione al debitore. Il legislatore avrebbe dunque dovuto prescrivere una notificazione, ma non l'ha fatto; ed è evidente che l'art. 1690 non è applicabile, poichè la novazione non è una vendita (2).

Vi ha qualche dubbio per la delegazione. Quando essa importa novazione, si è d'accordo che l'art. 1690 è inapplicabile, per il motivo che abbiamo esposto. Quando la delegazione non opera lo scarico del debitore originario, somiglia alla cessione d'un credito, il che potrebbe far credere che vi sia luogo a notificazione; tuttavia noi preferiamo l'opinione contraria. Duranton ha notato le differenze essenziali che intercedono fra la cessione e il trasferimento che il delegante fa dei suoi diritti. Il delegante è garante della solvibilità del delegato, mentre il cedente non risponde della solvibilità che in forza d'una stipulazione formale. Nel caso della delegazione, vi ha un nuovo de-

---

(1) Limoges, 27 novembre 1845 (DALLOZ, 1847, 2, 37). Grenoble, 7 febbraio 1835 (DALLOZ, v. *Effets de commerce*, n. 377).

(2) Vedi un'applicazione in una sentenza di Bruxelles del 13 maggio 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 5).

bitore, mentre, nel caso della cessione, vi ha un nuovo creditore. Ciò prova che la delegazione non è una vendita, e quindi l'art. 1690 non è applicabile (1).

II. — Conseguenze del principio.

502. L'art. 1690 dispone che il cessionario non acquista alcun diritto, verso i terzi, se non dalla notifica della cessione fatta al debitore. Che cosa s'intende per *terzi* in questa materia? Si legge in una sentenza della Corte di cassazione che possono invocare l'art. 1690 coloro soltanto che hanno acquistato diritti nel tempo intercedente fra la cessione e la notifica fatta al debitore » (2). Questa definizione, censurata dagli uni (3), approvata dagli altri (4), ci pare troppo ristretta. Quale è lo scopo della notifica prescritta dall'art. 1690? Si tratta di una specie di pubblicità, e quindi bisogna applicare il principio che regge l'effetto degli atti di cui la legge ordina la pubblicità e che non sono stati resi pubblici. Essi non esistono a riguardo di tutti coloro che hanno interesse a conoscerli, e che non hanno potuto avere notizia per mancanza di pubblicità. Ne consegue che per terzi bisogna intendere tutti coloro che non figurano nell'atto, e che non rappresentano le parti contraenti come eredi o successori universali. L'atto non esiste a loro riguardo, finchè non è stato reso pubblico. Tale è il valore che si dà alla parola *terzi* nell'art. 1.° della nostra legge ipotecaria. Ora, la situazione è identica. La notificazione, secondo il sistema del codice, tien luogo di pubblicità per le cessioni di crediti. Se la mancanza di trascrizione può essere opposta da tutti coloro che non hanno figurato nell'atto, deve accadere altrettanto di coloro che non hanno figurato nell'atto di cessione. La cessione non esiste a loro riguardo (5).

503. Il debitore ceduto è un terzo? Secondo il nostro principio, sì, perchè egli ha interesse a conoscere la cessione. Se è obbligato a pagare, ha anche il diritto di farlo. In forza del suo contratto, egli deve e può pagare al suo creditore. Per effetto della cessione, egli cambia creditore, e non può più pagare che al cessionario, e quindi è un terzo, sebbene il suo diritto e la sua obbligazione siano anteriori alla cessione. Non vi ha alcun dubbio su questo punto, perchè la legge stessa lo dichiara esplicitamente (art. 1691).

---

(1) Duranton, t. XVI, p. 499, n. 490. In senso contrario, Aubry e Rau, t. IV, p. 432, nota 28, § 359 *bis*.
(2) Rigetto, 22 luglio 1828 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1734).
(3) Troplong, p. 451, n. 896. Duvergier, t. II, p. 222, nn. 189-192.
(4) Aubry e Rau, t. IV, p. 427, e nota 3, § 359 *bis*.
(5) Mourlon, t. III, p. 273, n. 282. Colmet de Santerre, t. VII, p. 185, numero 137 *bis* I.

Se il debito è solidale, la notificazione deve esser fatta a ciascuno dei debitori solidali, poichè ciascuno è interessato a conoscere la cessione. È questa l'applicazione del principio che governa la solidarietà. Ciascuno dei condebitori è considerato come solo ed unico debitore: essendo tenuto per la totalità, ciascuno deve sapere a chi ha il diritto e l'obbligo di pagare. Se il cessionario notificasse la cessione soltanto ad uno dei debitori solidali, avrebbe diritto verso di lui, ma non verso gli altri. Lo avrebbe verso i terzi? Si insegna che, per aver diritto verso i terzi, è sufficiente notifichi la cessione ad uno dei debitori solidali (1). La decisione ci pare dubbia, perchè il testo vuole che la notifica si faccia al debitore, e quindi a tutti i debitori. Ora, nella specie, ciascun condebitore è considerato come solo ed unico debitore, e quindi bisogna che la cessione sia notificata a tutti. Tale è pure lo spirito della legge poichè la notifica tien luogo di pubblicità. Si suppone che i terzi s'informino presso il debitore per sapere se vi ha cessione e quindi bisogna che ogni debitore solidale possa informare il terzo, e se il debitore che questi consulta gli risponde che non ha ricevuto alcuna notificazione, deve ritenere che il credito non sia ceduto.

504. Il cessionario è un terzo? Sì, e senza alcun dubbio. Chi acquista un credito è interessato a sapere se questo credito è già stato ceduto. La pubblicità è dunque stabilita nel suo interesse. Si può aggiungere che l'interesse del cessionario è anche un interesse pubblico, perchè importa alla società che nelle transazioni civili regni la sicurezza la più completa, e non vi è che la pubblicità la quale possa garantire i diritti delle parti contraenti. È questo il motivo per cui la nostra legge ipotecaria ha completato la pubblicità imperfetta del codice civile, esigendo un'iscrizione sui registri del conservatore delle ipoteche quando il credito ceduto è garantito da un'ipoteca o da un privilegio.

L'applicazione del principio ha sollevato qualche difficoltà. Supponiamo che il primo cessionario non abbia adempito le formalità dell'art. 1690, ma il cedente gli abbia fatta la consegna rimettendogli il titolo. Un secondo cessionario notifica la cessione al debitore. Avrà egli diritto verso il primo che è in possesso del titolo? L'affermativa non lascia dubbio. Il cessionario acquista i suoi diritti verso i terzi, non per la tradizione, ma per la notifica o per l'accettazione autentica. Si è invocata, in favore del primo cessionario, la disposizione dell'art. 1141, la quale, in caso di vendita successiva d'una cosa mobiliare a due persone, dà la preferenza

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 427 e seg., nota 6, § 359 *bis*. Rouen, 14 giugno 1847 (Dalloz, 1849, 2, 241). Cfr. rigetto, 6 marzo 1828 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1144).

a quella che si trova in possesso, purchè sia di buona fede. Ma è un'erronea interpretazione dell'art. 1141, perchè la legge non si applica che ai mobili corporali. Se essa dichiara proprietario quello dei compratori a cui fu dato il possesso, lo dichiara come conseguenza dell'art. 2279. Ora, la massima che il possesso vale titolo in materia di mobili non è applicabile che ai mobili corporali. Così accade pure dell'art. 1141, il quale esige un possesso reale della cosa venduta, e la rimessa del titolo di credito non attribuisce al cessionario il possesso del credito, vale a dire la qualità di creditore. Tanto il testo quanto lo spirito della legge sono dunque estranei alla cessione dei crediti. La dottrina e la giurisprudenza si sono affermate in questo senso (1).

Due cessionarii d'un medesimo credito notificano la loro cessione lo stesso giorno. Quegli che avrà notificato per primo sarà proprietario, preferibilmente all'altro. Ecco la logica conseguenza del principio di pubblicità. Si è obbiettato l'art. 2147, secondo il quale tutti i creditori inscritti lo stesso giorno hanno un'ipoteca della stessa data, senza distinzione fra l'inscrizione del mattino e quella della sera. Diremo, al titolo delle *Ipoteche*, che questa disposizione deroga ai veri principii. La legge ipotecaria belga l'ha mantenuta (art. 81), ma stabilisce una regola diversa per gli atti traslativi di diritti. Se più titoli sono trascritti lo stesso giorno, la preferenza spetta a colui che per il primo ha rimesso i suoi titoli al conservatore delle ipoteche (art. 123). Ecco il vero principio, e si deve applicarlo alla cessione, poichè anch'essa è un atto traslativo di proprietà. Rimane una difficoltà di prova. Noi crediamo che si debba applicare il diritto comune, poichè la legge non vi deroga (2).

505. Il creditore che riceve il credito in pegno è un terzo nel senso dell'art. 1690. Egli acquista un diritto reale colla costituzione del pegno. Il cessionario non ha dunque diritto verso di lui se non ha notificato la cessione al debitore prima della rimessa del titolo al creditore pignoratizio. Se si potesse opporre a costui una cessione non notificata, questa mancanza di pubblicità lo indurrebbe in errore e gli recherebbe danno. Ora, è per tutelare i diritti e gli interessi dei terzi che la legge prescrive la pubblicità dell'art. 1690, e quindi il creditore pignoratizio può invocare l'inadempimento delle formalità che la legge ha prescritto nel di lui interesse.

506. I creditori del cedente sono terzi? In generale, i creditori chirografarii non sono terzi quando esercitano i diritti

---

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. IV, p. 431, nota 21, § 359 *bis*. Bisogna aggiungere una sentenza benissimo motivata della Corte di Bruxelles del 20 marzo 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 76).

(2) Cfr. DUVERGIER, t. II, p. 221, nn. 187 e 188. AUBRY e RAU, t. IV, p. 420, nota 19, § 359 *bis*. Bruxelles, 30 gennaio 1808 (DALLOZ, v. *Mariage*, n. 939, 1.°).

del loro debitore in forza dell'art. 1166. Ora, essi esercitano i diritti del loro debitore quando sequestrano un credito che gli appartiene e che, a tal titolo, fa parte della loro garanzia (articoli 2092 e 2093). Ma questi principii ricevono eccezione quando la legge prescrive una condizione di pubblicità, perchè la proprietà d'una cosa sia trasmessa a riguardo dei terzi. Così accade in materia di trascrizione, come diremo al titolo delle *Ipoteche*, e così dev'essere per la cessione dei crediti. È vero che i creditori chirografarii perdono il loro diritto di garanzia dal momento che il debitore aliena i suoi beni, ma ciò non sta se non per gli atti di disposizione che possono essere opposti ai terzi senza condizione di pubblicità. Quanto agli atti d'alienazione che devono essere resi pubblici nell'interesse dei terzi, essi non esistono, a loro riguardo, che dal giorno in cui la pubblicità ha avuto luogo, e conseguentemente una cessione non notificata non esiste rispetto ai creditori (1).

III. — Conseguenze dell'inosservanza delle formalità prescritte dall'art. 1690.

1. — Quanto al debitore.

507. L'art. 1690 dispone che il cessionario non acquista diritto verso i terzi se non dalla notifica della cessione o dall'accettazione fattane dal debitore in un atto autentico. Ne consegue che il cedente resta proprietario del credito a riguardo dei terzi, malgrado la cessione, fino a che questa non sia stata notificata o accettata. Gli è quanto osserva Pothier, e dicendo che il cedente non è privato (*dessaisi*) del credito, egli vuol significare che ne rimane proprietario. Così il cedente cessa d'essere proprietario rispetto al cessionario. ma conserva la proprietà del credito a riguardo dei terzi. Il principio è dunque che la cessione non notificata nè accettata non esiste di fronte ai terzi, ma, soggiungiamo noi, ai terzi di buona fede, poichè i terzi di mala fede non possono invocare la mancanza di pubblicità (nn. 488-490). Da questo principio derivano importanti conseguenze che andremo sviluppando.

508. « Se, prima che il cedente o il cessionario denunziasse al debitore la cessione, questi avesse pagato al cedente, sarà esso validamente liberato » (art. 1691). Il cedente resta proprietario del credito a riguardo dei terzi, e il debitore è un terzo: perciò il cedente rimane creditore e il debitore non solo è tenuto a pagare, ma ha anche il diritto di farlo. Si è notato che l'art. 1691 non parla che della denunzia. Gli è perchè l'accettazione trovasi governata da principii speciali in quanto riguarda

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 185, n. 137 *bis* III.

il debitore, e può farsi anche per scrittura privata; quindi il debitore che ha notizia della cessione non può più pagare al cedente se è in mala fede (nn. 487 e 488).

L'art. 1691 dichiara liberato il debitore che paga prima della denunzia. Ma in qual modo proverà di aver pagato? Può egli opporre al cessionario la quitanza per scrittura privata riservatagli dal cedente? L'affermativa è generalmente ammessa. Rimandiamo a quanto in proposito fu detto al titolo delle *Obbligazioni* (v. XIX, nn. 332-336).

509. A termini dell'art. 1691 il debitore può pagare validamente al cedente finchè la cessione non gli è stata notificata. Quello che la legge dice del pagamento si applica a tutti gli altri modi d'estinzione delle obbligazioni. La ragione del decidere è identica. La cessione non notificata nè accettata si ritiene inesistente a riguardo dei terzi, e il debitore è un terzo, poichè non interviene nella cessione: perciò i rapporti fra cedente e debitore restano quelli che erano prima della cessione, e sono retti dal diritto comune, come se il credito non fosse stato ceduto.

La Corte di cassazione ha applicato questo principio alla cosa giudicata. Interviene una sentenza contro il cedente prima della notifica o dell'accettazione della cessione. Si domanda se il debitore può invocare l'eccezione di cosa giudicata contro il cessionario. Sì, e senza alcun dubbio. Infatti, il cedente resta proprietario del credito a riguardo dei terzi, finchè la cessione non è stata notificata. Ne risulta che egli può procedere giudizialmente col debitore sulla proprietà stessa del credito, e se la sentenza decide che il debitore è liberato, questi potrà opporre la sua liberazione al cessionario, come può opporgli la quitanza che il cedente gli avesse rilasciato. La cessione non esiste a riguardo del debitore che al momento in cui il cessionario gliela notifica, e in quel momento non vi ha più credito che possa essere ceduto, sia desso stato estinto col pagamento o per effetto della cosa giudicata (1).

510. L'art. 1295 applica questo principio alla compensazione, ma con una distinzione che dà luogo a difficoltà. Se il debitore diviene creditore del cedente posteriormente alla cessione, ma prima della notifica, si trova liberato di pien diritto, senza alcun dubbio per effetto della compensazione al momento in cui il cessionario gli notificherà la cessione, poichè la compensazione è un pagamento che segue in forza della legge. Quello che la legge dice della notifica è vero, in massima, anche dell'accettazione della cessione. Il credito essendo estinto di pien diritto al momento in cui il debitore accetta la cessione, questi accetta la cessione di un credito che non esiste più.

(1) Cassazione, 16 luglio 1816 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1743).

Ora, il cessionario non può acquistare contro il debitore un credito inesistente. Però l'articolo 1295 decide che se il debitore accetta la cessione puramente e semplicemente, non può più opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto, prima dell'accettazione, opporre al cedente. Il motivo di questa decisione è che il debitore, accettando puramente e semplicemente la cessione, rinunzia al beneficio della compensazione. Ora, il debitore è libero, per quanto lo riguarda, di rinunciare agli effetti che la compensazione ha prodotti in favor suo. Non mancano difficoltà nell'applicazione. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni* (vol. XVIII, nn. 428, 466 e 467).

511. L'art. 1295 dà luogo ad una questione che riguarda specialmente la cessione. Si domanda se questa disposizione può essere applicata, per analogia, agli altri modi d'estinzione delle obbligazioni, o, in termini più generali, se il debitore che accetta puramente e semplicemente la cessione reputi rinunziare con questo a tutte le eccezioni che poteva opporre al cedente. Vi ha controversia e dubbio. Gli uni dicono che l'articolo 1295 consacra una presunzione di rinunzia, donde segue che non si può estenderla alle altre eccezioni che il debitore avesse contro il cedente (1). Gli altri considerano l'accettazione come un riconoscimento del debito, poichè il debitore dichiara di accettare il cessionario per creditore, e ne conchiudono che il debitore non può più servirsi, contro il cessionario, dei mezzi di difesa che avrebbe potuto opporre al cedente. Secondo questa opinione, l'art. 1295 non è che la conseguenza naturale dell'accettazione, e lo stesso principio deve essere applicato a tutte le eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al cedente (2).

Entrambe le opinioni contrarie non sono forse troppo assolute? È certo che il debitore può rinunciare, in favore del cessionario, al beneficio delle eccezioni che aveva diritto di opporre al cedente. La questione si riduce dunque a sapere se l'accettazione pura e semplice della cessione importi rinunzia. Rispondiamo che tutto dipende dai termini in cui segue l'accettazione. La legge non la definisce. Può essere la semplice ricognizione d'un fatto, vale a dire che il debitore riconosce l'esistenza della cessione. Tale è appunto, ci pare, il significato che l'art. 1690 attribuisce all'accettazione, poichè la equipara alla notifica. Entrambe le forme costituiscono una specie di pubblicità. Ora, per sè stessa la pubblicità non genera alcuna obbligazione a carico del debitore del credito la cui cessione è resa pubblica, e non suppone nessuna rinuncia, da parte sua, ai diritti che gli spettano contro il cedente. Il credito è reso pubblico

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 440, nota 53, § 359 *bis*.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 184, n. 136 *bis* VII.

come si trova, colle eccezioni che vi erano annesse. Ma l'accettazione può anche avere un diverso carattere e produce altri effetti. Tutto dipende dall'intenzione del debitore, e quindi fa d'uopo consultare i termini nei quali egli accetta e le circostanze della causa. La nostra conclusione è che il semplice fatto dell'accettazione non implica rinunzia, ma che l'accettazione può importare rinunzia se tal sia l'intenzione del debitore.

Togliamo qualche esempio alla giurisprudenza, la quale non è così assoluta come la dottrina, perchè s'inspira innanzi tutto ai fatti, e le circostanze delle cause variano all'infinito. Certo la notifica della cessione al debitore non importa rinunzia, come dice l'art. 1295 per la compensazione. Tuttavia è stato giudicato, per le particolarità della specie, che il debitore al quale era stata notificata la cessione, non poteva più invocare la compensazione. È notificata la cessione d'un credito ad una casa bancaria, e il cessionario ne domanda nel tempo stesso il pagamento. Il debitore risponde che è pronto a pagare, purchè vengano revocati i sequestri fatti in sue mani. Più tardi i banchieri falliscono, e il curatore sostiene che il credito la cui cessione era stata notificata si trova estinto per compensazione. Fu deciso che i debitori, allegando per unico motivo del loro rifiuto di pagare i sequestri praticati presso di loro, senza opporre nè riservare alcuna propria eccezione, avevano accettato la cessione puramente e semplicemente nel senso dell'art. 1295, vale a dire avevano rinunciato al beneficio della compensazione. Va da sè che ciò che la Corte dice della compensazione va esteso ad ogni altra eccezione che i debitori avessero potuto opporre al cedente (1).

Ecco un altro caso nel quale è stato ritenuto che l'accettazione non importasse rinunzia alle eccezioni che il debitore poteva far valere contro il cedente. Un notaio cede il suo ufficio per sessantacinquemila lire, sulle quali il compratore ne paga undicimila. Il venditore cede le residue cinquantaquattromila lire con promessa di procurare l'accettazione del debitore. Questi accetta, infatti, in questi termini: « Io sottoscritto, notaio, *dichiaro di aver notizia d'uno scritto* a termini del quale M. D. ha ceduto a M. G. la somma di cinquantaquattromila lire che io gli devo. In conseguenza, *io accetto* la detta cessione, *me la tengo per notificata*, dichiaro di non aver nessuna opposizione a sollevare, nessuna compensazione da opporre a M. D., riconosco M. G. per mio creditore delle cinquantaquattromila lire cedute, e mi obbligo di liberarmi da questa somma, pagando nelle sue mani nello stesso modo e negli stessi termini come io era tenuto verso M. D. ». Il notaio venditore cadde in istato di fallimento, scomparve dal suo domicilio e fu condan-

(1) Bruxelles, 12 luglio 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 293).

nato a due mesi di carcere per abuso di fiducia. L'acquirente dell'ufficio domandò allora la riduzione del prezzo adducendo la fraudolenta simulazione, da parte del venditore, del vero reddito dell'ufficio stesso. L'azione venne ammessa. Donde la questione di sapere se la riduzione poteva essere opposta al cessionario del prezzo, o se l'accettazione che abbiamo trascritta importava rinuncia alle eccezioni che il debitore faceva valere contro il cedente. La Corte di cassazione giudicò che il debitore poteva opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente, in ispecie l'eccezione del dolo del venditore. La sentenza invoca la formula dell'accettazione, colla quale il debitore non si era obbligato a pagare al cessionario se non nel modo e nei termini secondo i quali era tenuto verso il cedente. La Corte ne induce che il debitore s'era implicitamente riservato il beneficio delle eccezioni che potevano spettargli contro il creditore. Nell'interesse del cessionario s'invocava l'art. 1295, sostenendo che doveva applicarsi a qualunque eccezione. La Corte esclude questa disposizione decidendo, per principio, che l'art. 1295 è applicabile soltanto alla compensazione e non alle eccezioni inerenti alla natura stessa del debito (1). In diritto la decisione ci pare troppo assoluta, per meglio dire, non si tratta di una questione di diritto, poichè gli effetti dell'accettazione dipendono dall'intenzione dell'accettante, e, nella specie, quest'intenzione non era dubbia. Non si poteva dire che il debitore avesse rinunciato all'eccezione di dolo, quando al momento dell'accettazione egli non conosceva gli ignobili raggiri che il notaio suo predecessore aveva adoperato per ingrossare fraudolentemente il reddito del suo studio.

512. Le vendite degli uffici, autorizzate dalla legislazione francese, sono una fonte continua di liti, ed è assai raro che non diano luogo a una questione di dolo o di frode. Quando la legge considera le funzioni sociali come mestiere e mercanzia è quasi inevitabile che le cattive passioni vi s'immischino. Nel caso che abbiamo riportato, la Corte di cassazione ha deciso che l'accettazione del debitore non implicava una rinunzia alle eccezioni che il debitore poteva avere contro il cedente, perchè l'accettazione non era che la semplice ricognizione d'un fatto, dichiarando il debitore che considerava la cessione come notificatagli. Ma l'accettazione può essere concepita in altri termini e produrre effetti ben più estesi. È quello che la Corte suprema ha giudicato nel caso seguente. Il debitore, un notaio, compratore dell'ufficio, non si era limitato ad accettare semplicemente la cessione della somma che doveva al venditore, ma si era inoltre obbligato personalmente, sotto la fideiussione solidale e ipotecaria della madre, e aveva promesso di pagare ai cessionari

---

(1) Rigetto, sezione civile, dopo deliberazione in camera di consiglio, 2 agosto 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 315).

nonostante qualsivoglia opposizione contro il cedente, a qualsiasi titolo e per qualunque causa. Ne risultava una rinunzia molto esplicita a valersi contro il cessionario delle eccezioni che il debitore poteva opporre al cedente. Questa rinunzia aveva la sua ragion d'essere nelle circostanze della causa. I cessionari avevano aperto un credito considerevole al cedente, e non l'avevano fatto che in vista della promessa fatta dal debitore. Per conseguenza, la Corte mantenne la sentenza impugnata, la quale aveva deciso che la riduzione di prezzo ottenuta dal debitore non poteva essere opposta ai cessionari. La sentenza, dice la Suprema Corte, non aveva violato alcuna legge giudicando così perchè non aveva fatto che interpretare gli atti intervenuti fra le parti ed assicurarne l'esecuzione (1). È l'applicazione del principio quale lo abbiamo formulato noi (n. 511). Aggiungiamo però la riserva più sopra avvertita. Per quanto assoluti siano i termini in cui il debitore accetta la cessione, non si può vedervi una rinuncia alle eccezioni ch'egli aveva contro il cedente se non quando, all'atto dell'accettazione, ne avesse conoscenza. È questo il diritto comune. Ogni rinunzia suppone la conoscenza d'un diritto al quale si rinuncia, perchè non vi ha rinunzia senza l'intenzione di rinunciare. E come avrebbe il debitore la volontà di rinunciare ad un diritto di cui ignora l'esistenza nel momento in cui si presumerebbe che vi rinunci?

513. Il debitore diviene creditore del suo creditore acquistando un credito contro di lui. Si domanda se i due debiti si estingueranno per via di compensazione a partire dalla notifica della cessione. È certo che la compensazione non esisterà, a riguardo dei terzi, che a partire dalla notifica, perchè il debitore non è divenuto creditore a loro riguardo che da quel momento, e non può esservi compensazione se non quando concorrano due crediti (2). Accade lo stesso fra le parti, vale a dire fra il debitore e il suo creditore? Si insegna che la compensazione si verifica (3), ma a noi pare che la cosa sia contraria al principio che governa questa materia. Il creditore era debitore d'un credito acquistato dal debitore; il debitore cessionario non acquista alcun diritto, verso il proprio creditore, debitore del detto credito, che dalla notifica o l'accettazione: perciò fino a questo punto egli non è creditore, e quando non vi ha concorso di due crediti non può parlarsi di compensazione.

---

(1) Rigetto, sezione civile, 19 aprile 1854 (DALLOZ, 1855, 1, 145), dietro deliberazione in camera di consiglio.

(2) Parigi, 28 febbraio 1825 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1745. DUVERGIER, t. II, p. 227, n. 197).

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 433, e nota 32, § 359 *bis*.

2. — Quanto ai cessionari.

514. Quando uno stesso credito è ceduto successivamente a due cessionari, quegli che avrà fatto la notifica della cessione sarà proprietario a riguardo dei terzi. Noi abbiamo già stabilito questo principio (n. 504), ed esso è consacrato dalla giurisprudenza (1). Ecco un caso presentatosi davanti la Corte di Montpellier. Si trattava della cessione di quattro azioni industriali. In qual modo se ne fa la cessione a riguardo dei terzi? Occorre anzitutto consultare gli statuti della società e vedere se le azioni sono al portatore. Quando non si è in un caso d'eccezione si rientra sotto l'impero della regola, e, per conseguenza, la cessione a riguardo dei terzi non ha luogo che colla notifica o l'accettazione. Si faceva però un'obbiezione. Il cessionario che non aveva fatta la notifica era possessore dei titoli. Egli invocava l'art. 1141 e pretendeva di essere proprietario delle azioni in forza della tradizione, a preferenza dell'altro cessionario che aveva notificata la cessione al debitore. Abbiamo già combattuto questa erronea interpretazione dell'articolo 1141. Anche la Corte di Montpellier ha giudicato che l'articolo 1141 è inapplicabile alla trasmissione dei diritti che la legge ha sottoposto a formalità ed a regole speciali. Per vero, il preteso proprietario era un creditore pignoratizio. A questo titolo, egli avrebbe potuto invocare il suo privilegio contro un cessionario successivo, ma aveva trascurato di adempiere le formalità prescritte dagli articoli 2074 e 2075, e quindi non poteva opporre il suo privilegio al cessionario divenuto proprietario del credito verso i terzi mediante la notifica della cessione (2).

515. Il cessionario acquista diritto, verso un secondo cessionario, anche coll'accettazione autentica della cessione. Se si è contentato di un'accettazione per scrittura privata o verbale, il debitore sarà obbligato a pagare al cessionario che gli notificherà la cessione, perchè questi solo ha diritto verso i terzi. Il cessionario a danno del quale si farà il pagamento avrà regresso contro il debitore? No, se questi si è limitato ad accettare la cessione. Questa accettazione l'obbliga a pagare al cessionario, ma ad una condizione, che abbia il diritto di pagare nelle sue mani. Ora, egli non ha più questo diritto quando un altro cessionario gli notifica la cessione, perchè questi è solo proprietario del credito verso i terzi, ed è al creditore che il pagamento deve farsi. Sarebbe altrimenti se il debitore assumesse

(1) Vedi le sentenze nel *Repertorio*, di Dalloz, v. *Vente*, nn. 1746-1749.
(2) Montpellier, 4 gennaio 1853 (Dalloz, 1854, 2, 171).

un'obbligazione personale di pagare al cessionario, e se questa obbligazione fosse concepita in modo che il debitore sia tenuto a pagare, malgrado ogni ostacolo che potesse risultare da una nuova cessione. È questa una quistione d'interpretazione delle convenzioni intervenute fra le parti. La Corte d'Orléans l'ha decisa contro il debitore (1). Il giudice del fatto non deve dimenticare che le rinuncie non si presumono, e, nella specie, vi ha rinuncia a prevalersi della cessione che potrebbe essere notificata al debitore.

3. — Quanto ai creditori.

516. Vi ha un creditore che acquista un diritto reale sul credito, cioè il creditore pignoratizio, ma perchè egli possa opporre il suo privilegio ai terzi bisogna che il pegno risulti da atto autentico o da una scrittura privata registrata, e che sia notificato al debitore del credito dato in pegno. Finchè il cessionario del credito non ha notificato la cessione al debitore, il creditore pignoratizio può adempiere le formalità prescritte dall'art. 2075, e, in questo caso, sarà preferito al cessionario, perchè, quantunque questi sia proprietario, non lo è a riguardo dei terzi.

517. I creditori chirografarii del cedente possono pignorare il credito ceduto finchè la cessione non è stata notificata nè accettata. Ne abbiamo già detto la ragione (n. 506). Si è obbiettato che i creditori posteriori alla cessione non potevano più sequestrare un credito ch'era uscito dal dominio del loro debitore. Per gli oggetti corporali, mobili o immobili, l' eccezione sarebbe fondata, secondo la teoria del codice, che non prescrive alcuna pubblicità per la trasmissione della proprietà; ma non lo è pei crediti la cui cessione va soggetta ad una certa pubblicità. Finchè non vi è stata nè notifica nè accettazione della cessione, il cedente resta proprietario a riguardo dei terzi, e i creditori chirografarii sono terzi in questa materia. Dunque, al momento in cui essi trattano col cedente, il credito ceduto diviene la loro garanzia; essi possono sequestrarlo, e questo sequestro può essere opposto al cessionario (2).

---

(1) Orléans, 29 novembre 1838 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1777).
(2) Rigetto, 2 marzo 1814 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1775, 1.°).

IV. — Diritti delle parti interessate prima della notifica o dell'accettazione.

1. — Del cessionario.

518. Il cessionario può fare atti conservativi finchè la cessione non è notificata nè accettata? Stando al principio che la cessione non notificata nè accettata non esiste a riguardo dei terzi (n. 507), bisogna decidere che il cessionario non ha diritto di fare atti conservativi. Infatti, egli non è proprietario che a riguardo del cedente, ma non è contro il cedente che si fanno gli atti conservativi. Il cessionario non ha bisogno d'alcun atto per conservare i suoi diritti contro il cedente: egli è proprietario in forza del contratto, e l'azione che da questo gli deriva basta per l'esercizio dei loro diritti. Gli atti conservativi che il cessionario è nel caso di fare riguardano i terzi. Ora, a loro riguardo, egli non ha diritto di sorta: è cedente che resta proprietario a riguardo di tutti, eccezion fatta del cessionario. Se dunque vi sono atti conservativi da fare, questo diritto non spetta che al cedente (1).

La Corte di cassazione ha affermata la massima diametralmente contraria in una sentenza che ha sollevato vive censure sotto diversi rapporti (2). Infatti, la sentenza è mal redatta da cima a fondo. La Corte comincia col dire che, nella cessione dei diritti, la consegna si opera, fra il cedente e il cessionario, colla rimessa del titolo, donde conchiude che la proprietà, non appartenendo più al cedente, rimane necessariamente intestata al cessionario. Rannodare la trasmissione della proprietà alla consegna è un primo errore. Non è colla rimessa del titolo che la proprietà si trasmette; essa si acquista di diritto dal compratore, dice l'art. 1583, al momento che le parti hanno convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque la cosa non sia stata consegnata. Ma la legge aggiunge che accade così fra il compratore e il venditore. A riguardo dei terzi, la proprietà del credito non si trasmette che colla notifica o l'accettazione della cessione (art. 1690). La Corte avrebbe dunque dovuto restringere ciò ch'essa dice della trasmissione della proprietà ai rapporti fra il venditore e il compratore; poi esaminare se gli atti conservativi riguardano questi rapporti. Ma non è così ch'essa procede. Dal fatto che la proprietà non spetta più al cedente essa conchiude « che questi non ha più la facoltà nè di procedere ad atti conservativi, nè di agire relativamente all'oggetto ceduto ». Ecco un nuovo errore. È, al contrario, il cedente che

---

(1) Duvergier, t. II, p. 235, n. 204.

(2) Rigetto, 22 luglio 1828 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1734).

rimane proprietario del credito a riguardo dei terzi, ed egli solo ha diritto di disporne, egli solo ha veste per agire. Ma è necessario domandare se chi è proprietario a riguardo dei terzi ha veste per conservare il suo diritto contro di loro? La Corte di cassazione, partendo da un falso principio, arriva ad una falsa conseguenza, cioè che il potere d'agire e di fare gli atti conservativi spetta necessariamente al cessionario, senz'altro limite fuori di quello consacrato letteralmente dalla legge. In tal modo si considera il cessionario come proprietario o creditore a riguardo dei terzi, quando la legge, conformemente alla tradizione, dice che la proprietà e, per conseguenza, tutti gli attributi della proprietà continuano a risiedere nel cedente. Che cosa diviene la notifica in quest'ordine d'idee? Non si può più dire ch'essa sia richiesta perchè la cessione esista a riguardo dei terzi e che non vi ha cessionario a riguardo dei terzi finchè la cessione non è notificata nè accettata. Bisogna invertire la proposizione della Corte e dire che la cessione, quantunque non resa pubblica nel senso dell'art. 1690, produce tuttavia tutti i suoi effetti, a meno che non vi siano dei terzi che possano opporre il loro diritto al cessionario. La Corte di cassazione limita anche il numero di questi terzi in confini troppo ristretti ponendo come principio che quelli soltanto possono invocare l'art. 1690 *i quali hanno acquistato diritto fra la cessione e la notifica fattane al debitore*. Abbiamo già detto che, giusta l'avviso della maggior parte degli scrittori, questa definizione della parola *terzi* è inesatta (n. 502). Aggiungeremo che la conclusione della Corte è in contrasto col principio fondamentale della materia. Un atto che deve essere reso pubblico nell'interesse dei terzi non può produrre alcun effetto, a riguardo di costoro, finchè resta clandestino. Questo principio si applica a tutti quanti hanno interesse a conoscerne l'esistenza e che non possono esserne edotti per mancanza di pubblicità.

519. La dottrina e la giurisprudenza ammettono che il cessionario ha diritto di fare atti conservativi, ma non vi è accordo nè sul fondamento giuridico di questo diritto, nè sulla sua portata. Duvergier stabilisce benissimo che, fin quando la notificazione non ha avuto luogo, solo il cedente ha veste per procedere ad atti conservativi; indi soggiunge che sarebbe estremamente rigoroso annullare gli atti conservativi fatti dal cessionario prima della notifica della cessione. S'egli si decide a convalidare questi atti, è per considerazioni d'equità e non per l'applicazione delle regole consacrate dagli articoli 1690 e 1691 (1). Questa conclusione ne pare poco giuridica. L'equità non ha alcuna influenza in diritto, fuorchè nel silenzio della legge. Quando la legge ha parlato, non è permesso derogare, per considerazioni d'equità,

(1) Duvergier, t. II, p. 235 e 237, n. 204.

ai principii ch'essa stabilisce. Adunque l'equità non autorizza l'interprete a creare eccezioni alle regole che il codice consacra rispetto alla trasmissione dei crediti.

Troplong critica vivamente la sentenza della Corte suprema. Egli le rimprovera di invertire tutte le nozioni ammesse fino ad oggi sulla cessione e consacrate dal codice civile. Però egli consente che il cessionario ha il diritto di fare atti conservativi prima della notifica della cessione, e crede che la severità della legge non si spinge fino a vietare atti conservativi che non hanno per scopo di turbare o di offendere diritti acquisiti. Vuol forse dire Troplong che occorrerebbe un testo per vietare al cessionario di procedere ad atti conservativi? Risponderemmo che il divieto è inutile, poichè risulta dal principio che la cessione non notificata nè accettata non esiste a riguardo dei terzi. Troplong non osa affermare che il cessionario ha un diritto verso di loro, ma chiama questo preteso diritto *quasi-proprietà*, e dice che il cessionario può tutelarlo con atti conservativi che la legge vede sempre con favore (1). Ma sono queste semplici parole. Che cosa è una *quasi proprietà*? Il cessionario è proprietario vero a riguardo del cedente, e non lo è rispetto ai terzi. Ecco il principio del codice. E se il cessionario non ha alcun diritto verso i terzi, come mai avrebbe veste per conservare un diritto che non esiste?

520. Quali sono gli atti conservativi che il cessionario può fare? Gli autori non sono d'accordo su questo punto, la qual cosa non attesta certamente a favore del principio che serve loro di punto di partenza. Quando il credito è ipotecario, si permette al cessionario di prendere un'iscrizione in proprio nome. Ritorneremo sulla questione al titolo delle *Ipoteche*. Si ammette ancora ch'egli può praticare sequestri a mani del debitore ceduto. Così ha giudicato la Corte di cassazione del Belgio. Essa dice che il sequestro è una semplice misura conservativa, e non diviene d'esecuzione se non dalla sentenza che ne pronuncia la validità e contiene una condanna (2). La tesi potrebbe essere discussa; ma è inutile entrare in questa quistione. Anche a titolo di semplice atto conservativo, noi non comprendiamo come il cessionario si comporti da creditore del debitore e pretenda esercitare i di lui diritti, quando non è suo creditore. Si dice che il debitore, terzo sequestrato, non è un terzo nel senso dell'art. 1690, perchè egli non ha alcun interesse a conoscere l'esistenza della cessione. Il suo interesse nasce soltanto quando è praticato un sequestro nelle sue mani, e poco importa a lui che il sequestro sia praticato dal ces-

(1) TROPLONG, p. 450, nn. 893 e 894.
(2) Rigetto, 3 dicembre 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 451).

sionario o dal cedente (1). Questa definizione restrittiva della parola *terzi* è contraria al principio di pubblicità sul quale si fonda l'art. 1690. Un atto di cui la legge prescrive la pubblicità nell'interesse dei terzi non esiste senza questa pubblicità. Il terzo sequestrato può dunque opporre al cessionario ch'egli non ha diritto di sequestrare il credito di cui è debitore e d'impedirgli di pagare il suo creditore, e se il cessionario non ha diritto di sequestrare, il terzo sequestrato ha veste per invocare questo vizio di diritto, pagando malgrado il sequestro. Egli può dire al cessionario: voi sequestrate un credito che non è vostra garanzia, perchè voi non siete creditore di colui al quale esso appartiene, e quindi il vostro sequestro è nullo.

Il cessionario d'un credito ipotecario può promuovere l'incanto quando il terzo possessore dell'immobile adempie le formalità prescritte per la purgazione? La sentenza della Corte di cassazione, tanto censurata (n. 518), decide che il cessionario può promuovere l'incanto. È questo un atto conservativo? Ci pare che Troplong abbia ragione di negarlo (2). Il creditore che promuove l'incanto turba il compratore nei suoi diritti di proprietario, poichè l'incanto ha per effetto di evincerlo, ed evincere un proprietario è far atto d'esecuzione più che di conservazione. Si muove la stessa obbiezione che pel caso di sequestro. Il terzo possessore, si dice, non è un terzo, e quindi non può invocare l'art. 1690. Egli non è un terzo, perchè non ha alcun interesse a conoscere la cessione al momento in cui avviene. Lo stesso incanto non lede i suoi diritti, poichè egli lo provoca colla procedura di purgazione; ora, che importa a lui che sia il cessionario o il cedente chi promuove l'incanto? (3). La nostra risposta è sempre la stessa. Per promuovere l'incanto bisogna essere creditore, ma il cessionario non lo è finchè non ha notificata la cessione. Il terzo possessore può dunque opporsi all'incanto siccome fatto senza diritto, e vi ha interesse, poichè, mancando l'incanto, egli conserva l'immobile.

521. Se il cessionario non può, a nostro avviso, fare atti conservativi, a maggior ragione non ha il diritto di procedere ad atti esecutivi. Secondo l'opinione contraria, gli si permette di convenire il debitore ceduto (4). Qui non si può più contestare che il debitore non sia un terzo, poichè la legge lo dice (art. 1691), e lo dice per convalidare il pagamento che il debitore faccia al cedente prima della notifica della cessione. Se il debitore può e deve pagare al cedente, con qual diritto il cessionario lo costringerebbe a pagare? Il debitore, si dice,

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 186, n. 137 *bis* IV.
(2) Troplong, p. 451, nn. 895-897.
(3) Colmet de Santerre, t. VII, p. 187, n. 137 *bis* IV. Duvergier, t. II, p. 237, n. 205.
(4) Aubry e Rau, t. IV, p. 434, e nota 38, § 359 *bis*.

può esigere che il cessionario giustifichi la sua qualità producendo l'atto di cessione, ma dal momento che quest'atto è presentato, egli non può rifiutarsi a pagare nelle mani di colui che è proprietario del credito. Rispondiamo che la questione è precisamente qui. Vi ha un proprietario del credito, vi ha un creditore a riguardo del debitore, come a riguardo di ogni terzo, finchè la cessione non è stata notificata? L'art. 1690 decide la difficoltà. In forza di questo articolo, il debitore può esigere che l'attore notifichi prima d'agire. È in tal modo che il cessionario giustificherà la propria qualità, e non producendo l'atto di cessione. L'art. 2214 lo dice formalmente in materia d'espropriazione: « Il cessionario d'un titolo esecutivo non può promuovere l'espropriazione se non dopo che è stata fatta al debitore la notifica della cessione ». Si pretende che questa disposizione costituisca un'eccezione, ma è ben più naturale ravvisarvi un'applicazione diretta della regola stabilita dall'art. 1690. Ora, se il cessionario non può espropriare, non può nemmeno citare, perchè la citazione conduce all'espropriazione quando il debitore non paga. È stato giudicato, in questo senso, dalla Corte di Liegi, che il cessionario, non avendo alcun diritto contro il debitore prima della notifica, non può esercitare alcuna azione contro di lui (1).

522. Se si ammette che il cessionario può citare il debitore, bisogna altresì concedere al debitore di pagare nelle mani del cessionario, e se può pagare, ciò avviene in quanto egli è debitore. Ora, a questo titolo, egli può valersi di qualsivoglia altro modo di liberazione, e potrà quindi novare (2), come compensare. Strana condizione davvero! Tutti questi atti egli può compierli anche a riguardo del cedente (art. 1691), e quindi il debitore ceduto avrebbe due creditori! Come andranno poi le cose se questi due creditori diventano debitori del debitore ceduto? Non si dirà, perchè assurdo, che la compensazione s'opererà a riguardo di ciascuno dei creditori. Sarà forza attenersi alla lettera della legge e decidere che vi ha un solo creditore legale prima della notifica, il cedente; e se il pagamento legale, per compensazione, non può farsi che a vantaggio del cedente, dev'essere lo stesso del pagamento volontario, la ragion di decidere essendo identica. È stato giudicato in questo senso dalla Corte di Liegi che, prima della notifica, il pagamento non può essere fatto validamente che al cedente (3). S'invoca una sentenza di cassazione in favore dell'opinione contraria, ma questa sentenza non ha deciso che il pagamento può farsi al cessionario prima della notifica (4). Nella specie, non vi era stato pagamento propriamente

---

(1) Liegi, 11 luglio 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 450).
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 434, § 359 *bis*.
(3) Liegi, 26 luglio 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 270).
(4) Cassazione, 9 marzo 1864 (DALLOZ, 1864, 1, 190).

detto, ma uno scambio di scritture, vale a dire una convenzione fra le parti interessate, la quale aveva liberato il debitore verso il cedente. La Corte ha mantenuto l'esecuzione di queste convenzioni. S'intende bene che se il cedente partecipa all'atto che libera il debitore verso di lui, non può più invocare la mancanza di notifica (1).

2. — Del cedente.

523. Il cedente rimane proprietario del credito, a riguardo dei terzi, finchè non ha avuto luogo la cessione, e può disporne validamente, nel senso che il secondo cessionario acquisterà la proprietà del creditore se notifica la cessione. Se il cedente resta padrone del creditore, è evidente che può citare il debitore e fare qualsivoglia atto conservativo. Non si comprende come la Cassazione abbia potuto negare il diritto del proprietario (n. 518). La giurisprudenza e la dottrina si sono pronunciate in favore del cedente. Quanto agli atti conservativi, non vi ha controversia. Anche il diritto d'esecuzione è certo. Esso consegue dal principio che domina la nostra materia. La cessione non resa pubblica non esiste a riguardo dei terzi: ora, il debitore è un terzo, e quindi resta debitore del cedente. Se diviene creditore del cedente, il suo debito s'estingue di pien diritto colla compensazione; se paga il cedente, è validamente liberato. L'art. 1691, che decide così, non distingue se il pagamento si faccia volontariamente o sulla richiesta del cedente, e la distinzione non avrebbe senso. È certo che, se il cedente può ricevere, può anche domandare. La dottrina è unanime su questo punto (2), e la giurisprudenza, malgrado qualche dissenso, è costante. Ci limitiamo a citare la sentenza della Corte suprema che ha abbandonato l'ingiustificabile decisione nel 1828: « Attesochè, dice la Corte, cassando una pronunzia di Colmar, secondo l'art. 1690, il cessionario non diventa proprietario del credito, a riguardo del debitore, che colla notifica della cessione fatta a costui, o colla di lui accettazione; che, nel fatto, la sentenza impugnata non constata che alcuna di queste circostanze esista nella causa; che, per conseguenza, il cedente e i suoi eredi hanno potuto validamente valersi del titolo per la esecuzione contro i debitori, nonostante la cessione non sia stata notificata nè accettata ». La sezione delle richieste si è pronunciata nello stesso senso. Il debitore, liberandosi validamente nelle mani del suo creditore, finchè non gli è stata no-

---

(1) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, n. 1732.

(2) DUVERGIER, t. II, p. 235, n. 204. TROPLONG, p. 449, nn. 885 e 887. AUBRY e RAU, t. IV, p. 434, e nota 40, § 359 *bis*.

tificata la cessione, non ha interesse ad opporre all'attore una cessione che non esiste a suo riguardo, anzi non può nemmeno essere ammesso a chiedere che il creditore, suo solo contraddittore legittimo, affermi che non ha ceduto il credito a un terzo (1). Egli non vi avrebbe interesse se non quando avesse accettato la cessione verbalmente o per scrittura privata, o se potesse temere un regresso per parte del cessionario in conseguenza della notizia ch'egli avesse avuto della cessione. In queste circostanze avrebbe diritto di provocare la chiamata in causa del cessionario.

Vi ha qualche sentenza in senso contrario. Quella della Corte di Colmar è stata cassata dalla sentenza riferita testè. La Corte di Liegi, di cui abbiamo citato parecchie decisioni conformi ai veri principii, se n'è allontanata giudicando che il cedente, rimanendo colla cessione spogliato della proprietà, non aveva più diritto d'agire contro il debitore (2). Ma è un disconoscere l'art. 1691, il quale dispone tutto il contrario. Il cedente s'è spogliato rispetto al cessionario, ma resta proprietario a riguardo dei terzi, e conseguentemente in confronto del debitore, finchè la cessione non è stata notificata nè accettata; ed, essendo proprietario del credito, può naturalmente chiederne il pagamento. Il cessionario ha un mezzo semplicissimo per impedire queste azioni e il pagamento che il debitore facesse in suo danno, ed è di fare la notifica della cessione.

524. Se il cedente può procedere contro il debitore, alla sua volta, il debitore può costringere il cedente a ricevere il pagamento facendogli l'offerta reale. La Corte di cassazione ha giudicato così, e non vi ha dubbio. Chi ha il diritto di pagare ha anche quello di fare offerte reali per liberarsi. Se il cedente non vuol ricevere un pagamento che lo assoggetta ad un regresso da parte del cessionario, non ha che notificare la cessione al debitore (3).

V. — Della notifica della cessione in caso di sequestro.

525. Abbiamo detto che i creditori del cedente possono sequestrare il credito ceduto finchè non sia seguita la notifica della cessione (n. 506). L'applicazione del principio dà luogo a gravi difficoltà. Si domanda anzitutto se il cessionario possa ancora notificare la cessione dopo che il credito è stato colpito da sequestro. Vi ha un motivo di dubbio, perchè il debitore

(1) Cassazione, 4 dicembre 1827. Rigetto, 18 aprile 1838 (DALLOZ, v. *Vente*, nn. 1729, 2.° e 5.°).
(2) Liegi, 26 marzo 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 84). In senso contrario, Bruxelles, 2 febbraio 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 241).
(3) Cassazione, 22 pratile anno XII (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1736).

a cui mani è stato operato il sequestro non può più pagare al suo creditore in danno del creditore sequestrante (art. 1242). Non risulta da ciò che il sequestro attribuisce al sequestrante un diritto sul credito, diritto che non può più essergli tolto dal cessionario? Il creditore sequestrante ha, infatti, un diritto di garanzia sul credito, ma questo diritto non è esclusivamente suo, perchè il credito sequestrato fa parte del patrimonio del debitore, che costituisce la garanzia comune dei creditori. Ne consegue che dopo un primo sequestro possono intervenire nuove opposizioni, e tutti i creditori opponenti avendo uguali diritti, il credito sequestrato si distribuirà fra loro proporzionalmente all'ammontare dei loro crediti rispettivi. Questo diritto di sequestro può essere invocato anche dal cessionario del credito, perchè egli è creditore del cedente in forza della garanzia a cui questi è tenuto a suo riguardo. Rimane a sapere come egli debba usare del suo diritto. Dovrà egli praticare un sequestro nelle forme prescritte dal codice di procedura, o basterà che notifichi la cessione al debitore? Si ammette che la notifica equivale all'opposizione, e la ragione è semplice, cioè a riguardo del debitore, la notifica della cessione produce lo stesso effetto d'un sequestro, e gl'impedisce di pagare nelle mani del suo antico creditore, debitore comune dei creditori sequestranti. Per effetto della notifica della cessione, il creditore è dunque un creditore sequestrante, e deve avere i diritti che spettano al creditore che ha proceduto al sequestro. Così, a riguardo di questo creditore, il cessionario sarà considerato, non come proprietario del credito, ma come un creditore sequestrante. In questo senso si dice che la notifica equivale ad opposizione riguardo al creditore sequestrante (1). La giurisprudenza ha consacrato questo principio, che sfugge ad ogni contestazione (2).

Dal momento che la notifica della cessione equivale all'opposizione, ne consegue che il cessionario non è obbligato ad adempiere la formalità che il codice di procedura prescrive per il sequestro. Così essa non ha mestieri di essere convalidata (3). Questa differenza rispetto alle forme si comprende facilmente. La cessione è un atto più energico del sequestro, è la trasmissione della proprietà; mentre il sequestro non è fondato che sopra un diritto di garanzia e non attribuisce al sequestrante alcun diritto sulla cosa. È questa una conseguenza dell'art. 2092. Il sequestrante deve dunque provare di essere creditore e che il credito sequestrato è ancora nel patrimonio del debitore; donde la necessità di convalidare il sequestro. Il ces-

---

(1) Vedi gli autori citati da AUBRY e RAU, t. IV, p. 435, nota 41. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 189, n. 137 *bis* IX.

(2) Guadalupa, 16 marzo 1851 (DALLOZ, 1851, 2, 224). Tolosa, 26 agosto 1863 (DALLOZ, 1864, 2, 5).

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 436, nota 43, § 359 *bis*.

sionario, invece, è proprietario e non ha bisogno di far convalidare il suo diritto.

526. Abbiamo supposto che la cessione, notificata dopo il sequestro, fosse a questo anteriore. Che dovrà dirsi se il creditore ha ceduto il suo credito dopo che è stato colpito da sequestro? La cessione è valida e la notifica equivarrà all'opposizione? S'insegna generalmente l'affermativa, sebbene non manchi un nuovo dubbio. Quando il creditore sequestra un credito del debitore esercita il diritto di garanzia che la legge gli accorda. Non se ne deve conchiudere ch'egli acquista sul credito sequestrato un diritto che il cessionario non può più togliergli? Questa dottrina eccede la legge. Il sequestro non espropria il debitore a vantaggio del sequestrante. Tutto ciò che il codice dice è che il debitore non può pagare in pregiudizio del sequestrante (art. 1242). Il credito sequestrato resta dunque proprietà del creditore. Ne consegue che, se egli contrae nuovi debiti, i creditori potranno fare opposizione in forza del diritto di garanzia che loro spetta sui beni del debitore, ma il primo creditore non ha, a questo riguardo, alcuna preferenza sui creditori susseguenti, perchè ciò che caratterizza il diritto di garanzia dell'art. 2092 è ch'esso appartiene a tutti i creditori senza distinguere fra le date dei loro crediti. Ora, quel che è vero d'un creditore posteriore lo è pure d'un cessionario del credito, poichè egli è equiparato ai creditori. Si dirà che il creditore, cedendo il credito, attenti ai diritti del creditore sequestrante? Si potrebbe fare la stessa obbiezione quanto ai nuovi debiti ch'egli contrae. L'obbiezione condurrebbe a colpire il creditore d'una incapacità generale di obbligarsi, il che è assurdo. Non vi sarebbe eccezione che nel caso in cui il creditore contraesse un debito o cedesse il credito in frode del creditore sequestrante. In questa ipotesi, il creditore potrebbe chiedere la nullità del debito o della cessione in forza dell'art. 1167. Ma se il creditore agisce in buona fede, il sequestrante non ha diritto di lagnarsi, poichè subisce la legge che regola il concorso dei creditori chirografarii sui beni del debitore comune (1).

527. Rimane a vedere quali siano i diritti rispettivi del creditore sequestrante e del cessionario. I loro diritti sono eguali e si esercitano per contribuzione, conformemente all'art. 2093. Il sequestro non apporta alcuna modificazione alla regola della contribuzione, poichè essa altro non è se non l'esercizio del diritto di garanzia che spetta, ad egual titolo, a tutti i creditori del debitore comune. Vi ha però un dubbio, ed è che nell'antico diritto il sequestrante era preferito al cessionario (2). La ragione

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 190, n. 137 *bis* XI.

(2) Villequez (*Revue historique* 1862, t. VIII, p. 470 e seg.) sostiene che il principio dell'antico diritto deve essere applicato tuttora. Anche nella sentenza di cassazione del 25 agosto 1869 (Dalloz, 1869, 1, 456) si legge che in caso di se-

si è che la consuetudine di Parigi (art. 178) accordava un privilegio al primo sequestrante, il quale aveva quindi un diritto quesito al momento in cui il cessionario notificava la cessione. Ora, sta il principio che la notifica della cessione non toglie alcun diritto ai terzi; anzi è, al contrario, per garantire i diritti dei terzi che la legge prescrive la notifica. Ma il codice civile non ha mantenuto il privilegio. Il sequestro non è che l'esercizio del diritto di garanzia dei creditori, e tutti l'hanno allo stesso titolo: perciò deve essere applicata la regola della contribuzione. Supponiamo che il credito del sequestrante sia di ventimila lire e che il credito ceduto sia di altrettante. Il cessionario e il sequestrante, avendo diritti eguali in forza dell'art. 2093, si divideranno il beneficio del sequestro in parti eguali, e quindi ciascuno otterrà diecimila lire nella contribuzione che si stabilisce fra di loro.

527 *bis*. Il regolamento dei diritti rispettivi del cessionario e dei creditori sequestranti diviene più difficile quando sorgano nuove opposizioni posteriori alla notifica della cessione. Bisogna vedere anzitutto quale è il diritto del cessionario di fronte ai nuovi sequestranti. È stato giudicato che il cessionario doveva essere considerato come un semplice opponente tanto a riguardo dei nuovi sequestranti quanto rispetto al primo, e, per conseguenza, è stato deciso che tutte le parti interessate dovevano esser considerate ugualmente e concorrere per contribuzione (1). Ma ciò non è esatto. La notifica della cessione è equiparata ad una opposizione quando, all'atto della notifica, esiste già un sequestro, per la ragione che il cessionario non può far valere il suo diritto di proprietà contro un creditore che ha sequestrato il credito siccome proprietà del debitore. Ben altrimenti accade quando il cessionario è in conflitto con un creditore del cedente che ha sequestrato il credito dopo la notifica della cessione. Questo creditore ha sequestrato un credito che era nel dominio del cessionario, e sul quale, per conseguenza, egli non aveva più alcun diritto di garanzia. A riguardo del cessionario, il sequestro è nullo, e quindi non può essergli opposto. Equiparare il cessionario al sequestrante posteriore alla notifica della cessione significa violare il diritto di proprietà del cessionario. Essendo proprietario del credito, egli può opporre il suo diritto di proprietà al creditore del cedente, che non può più vantare la garanzia sul credito ceduto, poichè questo non è più nel patrimonio del cedente (2).

---

questro il debitore non può fare la cessione del credito che per la parte che eccede il diritto del sequestrante. Vedi, in senso contrario, AUBRY e RAU, t. IV, p. 435, nota 41, § 359 *bis*.

(1) Parigi, 14 gennaio 1814 e 28 marzo 1820 (AUBRY e RAU, t. IV, p. 437, nota 44).

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 191, n. 137 *bis* XII.

Se il cessionario può opporre la cessione a un creditore del cedente che sequestra il credito posteriormente alla notifica, ne consegue che questo creditore non può concorrere col cessionario e col primo creditore sequestrante. Che non possa concorrere col cessionario, è generalmente ammesso, e, giusta quanto abbiamo detto, non può essere seriamente contestato. Ma non può egli concorrere col primo sequestrante? No, a nostro avviso, ed è l'opinione della maggior parte degli scrittori (1). Il creditore posteriore alla notifica deve essere escluso, per la ragione decisiva ch'egli non può più sequestrare un credito come appartenente al suo debitore, il cedente, essendo questo credito uscito dal suo patrimonio per effetto della notifica della cessione. Egli sequestra dunque un credito che non forma più la sua garanzia, e quindi tale sequestro è nullo. Permettergli di concorrere col primo sequestrante significa violare il diritto di costui, perchè gli si toglie una parte della sua garanzia, e gliela si toglie a vantaggio d'un creditore che non ha alcun diritto su questo credito. A ciò si obbietta che in tal modo si accorda al primo sequestrante in confronto del secondo un privilegio che è contrario alla regola d'eguaglianza dell'art. 2093 ed alla vecchia massima: ***Main de justice ne dessaisit et ne saisit personne.*** Rispondiamo che per aversi privilegio occorre che la cosa sulla quale due creditori reclamano un diritto di garanzia appartenga al debitore comune. Così avviene quando due creditori fanno un sequestro sopra un credito che spetta al loro debitore al momento delle due opposizioni. Ma, nella specie, il primo creditore ha sequestrato il credito quando era ancora nel dominio del debitore, mentre il secondo lo sequestra quando è uscito dal costui patrimonio per entrare in quello del cessionario. Se il primo approfitta del sequestro ad esclusione del secondo è perchè l'uno ha usato del suo diritto e l'altro ha trascurato di farlo. Non si tratta qui di un privilegio, ma semplicemente dell'applicazione dell'antico adagio: ***Jura vigilantibus obveniunt, non dormientibus.*** Supponiamo che un creditore sequestri un immobile venduto dal debitore prima della trascrizione dell'atto di vendita, e che dopo la trascrizione un altro creditore venga ad esecutare lo stesso immobile. Il primo sequestro è valido, il secondo è nullo. Dovrà dirsi per questo che si accorda al primo un privilegio in danno del secondo?

528. Vi ha un'altra opinione insegnata da illustri scrittori, che però non vanno d'accordo nell'applicazione del loro principio. Dobbiamo farla conoscere, poichè la giurisprudenza tende a

---

(1) DURANTON, t. VI, p. 512, n. 501. TROPLONG, p. 469, n. 927. DUVERGIER, t. II, p. 228, n. 201. Nello stesso senso, Aix, 21 marzo 1844 (DALLOZ, v. *saisie-arrêt*, n. 429), e Orléans, 11 maggio 1859 (DALLOZ, 1859, 2, 172).

consacrarla, ma la giurisprudenza è tutt'altro che costante, e la questione rimane integra. Si conviene che il nuovo sequestrante non può opporre il sequestro al cessionario, e quindi i diritti di questo saranno regolati come se non vi fosse sequestro posteriore alla notifica. Ma, si dice, l'ultimo sequestrante deve concorrere col primo, poichè essi avevano lo stesso diritto di garanzia sul credito. Che importa che vi sia stata cessione del credito e notifica della cessione? Ciò non riguarda i rapporti dei due creditori del cedente. Il primo non può invocare i diritti del cessionario per reclamare un privilegio contro il secondo. Abbiamo già risposto a tale argomentazione. Come si regolerà il concorso dei due creditori sequestranti? Su questo punto gli autori e le sentenze si dividono. Gli uni dicono che essendo il primo sequestrante obbligato a concorrere per contribuzione col secondo, la sua parte contributiva ne sarà diminuita, e ne conchiudono ch'egli ha il diritto di reclamare contro il cessionario la differenza in meno fra la somma che riceverà in forza di questa contribuzione e quella che avrebbe ottenuto se la contribuzione si fosse fatta proporzionalmente fra tutti gli interessati (1). Gli altri dicono che il regresso del primo sequestrante contro il cessionario è ingiusto, e hanno ragione, perchè ne risulta che il cessionario otterrà meno, in conseguenza del concorso del secondo sequestrante, di quanto avrebbe avuto senza il nuovo sequestro, e quindi questo sequestro gli reca danno, il che è contrario al suo diritto di proprietà, perchè, a suo riguardo, il secondo sequestro è come non avvenuto. Secondo quest'ultima opinione, i diritti del cessionario restano intatti, il conflitto non esiste che fra i due creditori sequestranti. Come risolverlo? Ecco che cosa si propone. I due creditori non concorrono per contribuzione, proporzionalmente al loro credito. Il secondo creditore sarà ridotto, sulla parte conservata dal sequestro, all'eccedenza della somma che il primo sequestrante avrebbe avuto se si fosse stabilita una contribuzione fra il cessionario, considerato come creditore, e tutti i sequestranti (2). Ciò ne sembra molto arbitrario, poichè implica una deroga ai principii, e un tale diritto appartiene soltanto al legislatore.

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 426, nota 44, § 359 *bis*. Essi citano sette monografie scritte in vario senso su questa questione.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 191, n. 137 *bis* XII-XVIII.

Sezione III. — Effetto della cessione.

§ I. — *Nozioni generali.*

529. Il capo VIII del titolo della *Vendita* ha per epigrafe: « Della cessione dei *crediti* e degli altri *diritti* incorporali ». A differenza dal diritto romano, il diritto francese ammette che i diritti risultanti da una obbligazione possano essere ceduti, come tutte le cose che sono in commercio. Ma il codice non concede che possano essere ceduti i debiti: il debitore è vincolato verso il creditore e non può liberarsi da questo vincolo, ma deve adempiere l'obbligazione che ha contratto. Ora, l'obbligazione del debitore è sovente correlativa al diritto del creditore, nel senso che risultano da un solo e medesimo contratto. Così accade dei contratti sinallagmatici. Il venditore ha diritto al prezzo, e può cederlo, ma il suo diritto implica un'obbligazione, quella di trasferire la proprietà della cosa venduta colle conseguenze che ne risultano. Ora, il venditore non può cedere le obbligazioni cui è tenuto, e quindi, pur cedendo il diritto che gli attribuisce il contratto di vendita, rimane obbligato in quanto è debitore. Noi abbiamo già applicato questo principio alla cessione d'una promessa di vendita. Colui a profitto del quale essa è fatta, il creditore, può cederne il beneficio, ma non può liberarsi dal vincolo obbligatorio che contrae se dà esecuzione promessa, e quindi resta tenuto come eventuale debitore verso il promittente. Vi ha una sentenza della Corte di cassazione in questo senso (n. 463).

530. Qual'è l'effetto della cessione? Quando essa ha luogo a titolo gratuito, è una donazione e le si applicano le regole che governano le liberalità. Rimandiamo al titolo che concerne la materia. Il codice considera la cessione come un atto a titolo oneroso, anzi la chiama vendita (art. 1692): per conseguenza essa produrrà tutti gli effetti che la legge attribuisce alla vendita. In applicazione di questo principio, la legge sottopone il cedente alla garanzia (art. 1693). Al titolo delle *Ipoteche* vedremo un'altra conseguenza dello stesso principio, cioè che il cedente gode del privilegio del venditore. Avviene lo stesso delle altre norme che reggono la vendita: esse sono applicabili alla cessione, a meno che le parti non vi abbiano derogato. È stato giudicato che le spese della cessione stanno a carico del cessionario in forza dell'articolo 1593. La Corte d'appello aveva condannato il debitore a pagare le spese di registrazione. Si violava così al tempo stesso e la legge e il contratto. Come dice la Cassazione, il debitore non può essere obbligato a sostenere le spese d'un atto al quale rimane

estraneo, salvo che non abbia consentito espressamente ad assumerle (1).

531. Il codice contiene alcune disposizioni speciali sulla cessione dei crediti (articoli 1692-1695) che verremo esaminando fra breve.

§ II. — *Dei diritti del cessionario d'un credito.*

532. « La vendita o la cessione di un credito comprende gli accessorii del credito stesso, come sarebbero le fideiussioni, i privilegi e le ipoteche » (art. 1692). Non vi ha alcun dubbio quanto agli accessorii enumerati dalla legge. Il privilegio è una qualità del credito, ed è implicito che il credito si venda colla qualità che la legge gli attribuisce. L'ipoteca è una garanzia che il creditore stipula, o che il testatore o la legge gli accordano per assicurargli il pagamento del debito. È un diritto essenzialmente accessorio, che non si comprende senza obbligazione principale, e intenzione delle parti è certamente di trasmettere al cessionario una garanzia senza la quale il credito ceduto può non presentare alcuna utilità. Si dica altrettanto della fideiussione.

Vi hanno anche altri accessorii, il cui scopo è d'assicurare il pagamento del credito, e vanno compresi di diritto nella cessione. L'art. 1692 è generico: i diritti ch'esso enumera non sono citati che come esempi. Prima dell'abolizione dell'arresto personale, questo modo d'esecuzione era considerato come una garanzia preziosa. Esso si trasmetteva col credito al cessionario, poichè il debitore poteva essere arrestato per la natura del credito. Rimangono, ancor oggi, alcuni casi nei quali, per eccezione, l'arresto personale è mantenuto (2). Se uno di questi crediti venisse ceduto, lo sarebbe munito del mezzo speciale di esecuzione. Vi ha un altro modo d'esecuzione che è di diritto comune. Le sentenze e gli atti notarili sono muniti d'una formula esecutiva in nome del re, e sono, conseguentemente, esecutivi per sè medesimi. Se un credito così constatato vien ceduto, il cessionario approfitta della formola esecutiva, quand'anche la cessione risultasse da un atto per scrittura privata (3), perchè non è in forza della cessione che si procede, ma in forza dell'atto che constata il credito. Si comprende che, prima di mettere l'atto ad esecuzione, il cessionario deve far notificare la cessione; ma è stato giudicato che non è obbligato a tra-

---

(1) Cassazione, 25 novembre 1840 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1712).
(2) Legge del 27 luglio 1871 (art. 2 e 3).
(3) Nancy, 27 febbraio 1832 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1835).

scrivere cessione in testa al precetto che precede l'espropriazione (1).

L'art. 1692 si applicherebbe anche ai diritti accessorii che non sono garanzie inerenti al titolo del credito, ma che hanno tuttavia per iscopo di procurarne il pagamento. Tale è un sequestro praticato dal cedente. Il cessionario ne approfitta. È un accessorio analogo a quelli preveduti dall'art. 1692 (2).

533. Vi hanno altri accessorii che sono prodotti dal diritto, come gli interessi e le annualità. Può il cessionario pretenderli? Non vi ha alcun dubbio quanto agli interessi ed annualità ancora da scadere. L'art. 547 dice che i frutti civili appartengono al proprietario per diritto d'accessione. Ora, il cessionario è proprietario del credito, ed ha quindi diritto ai prodotti ed ai redditi. Si ammette l'identica soluzione per gli interessi e le annualità scadute al tempo della cessione (3). Ma a noi sembra troppo assoluto. I frutti civili scaduti, come i frutti naturali percetti, entrano nel dominio del proprietario e cessano d'essere dipendenza del capitale che li ha prodotti, ma formano un nuovo capitale. È questa la ragione per cui la legislazione moderna ammette l'anatocismo. Quando dunque il creditore vende il suo credito ha due diritti ben distinti, il diritto al capitale e il diritto agli interessi scaduti. La sua intenzione può essere di cedere entrambi i diritti, ma può darsi anche che non voglia cedere il capitale. La questione va dunque risolta a seconda della volontà delle parti contraenti e non in diritto, in forza dell'art. 1692. Questa disposizione non parla nemmeno degli accessorii che sono un prodotto della cosa, e quindi il testo della legge lascia la questione intatta. Duvergier sembra riconoscerlo, perchè dice essere *presumibile* che l'intenzione comune delle parti sia stata di comprendere gli interessi nella cessione. Non può certo parlarsi d'una presunzione legale, poichè non vi ha alcuna legge che la stabilisca, e le presunzioni cosidette dell'uomo sono lasciate all'apprezzamento del giudice, il quale non può ammetterle se non nei casi in cui è consentita la prova testimoniale. Si pretende che questa volontà risulti sopratutto dalla rimessa dei titoli fatta dal cedente, poichè senza titoli egli non può chiedere il pagamento. In diritto, la consegna non cade se non su quanto forma oggetto della cessione, di modo che, per sè stessa, la rimessa dei titoli non prova nulla. Il giudice può tutt'al più prenderla in considerazione come una delle circostanze di fatto in base alle quali risolvere la difficoltà. La maggior parte degli autori ne fanno una questione di diritto. Per sostenere che gli interessi scaduti

(1) Colmar, 12 maggio 1809 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1835). DURANTON, t. XVI, p. 525, n. 509.

(2) Bruxelles, 26 gennaio 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 74).

(3) DURANTON, t. XVI, p. 523, n. 507. DUVERGIER, t. II, p. 273, n. 221.

sono una dipendenza del capitale, essi allegano la prescrizione, la quale, estinguendo il capitale, estingue gli interessi. La prescrizione può essere invocata anche in appoggio dell'opinione contraria. Infatti, la legge stabilisce una prescrizione speciale per gli interessi e le annualità. Dunque i prodotti del diritto si prescrivono senza che si prescriva il diritto, il che prova come i prodotti siano un credito indipendente e distinto.

534. Il principio che il credito si trasmette al cessionario, coi caratteri che aveva nelle mani del cedente, soffre un'eccezione per ciò che concerne le qualità essenzialmente dipendenti della persona del creditore. Un credito appartenente a un minore è ceduto ad un maggiorenne. La prescrizione era sospesa in favore del cedente, minorenne, ma non sarà sospesa in favore del cessionario, maggiore di età. Per contrario, quando il minorenne acquista un credito ceduto da un maggiorenne, la prescrizione che decorreva contro il cedente non correrà più contro il cessionario. È questa l'applicazione del diritto comune (1).

535. Le azioni di risoluzione, di nullità o di rescissione che appartengono al venditore sono comprese nella cessione? È una questione molto controversa, e vi ha qualche dubbio. Esse non sono certamente contemplate nel testo dell'art. 1692. Non sono accessorii destinati a garantire il pagamento del credito, come non sono prodotti del credito. Questa considerazione è decisiva, a nostro parere. Esse non possono essere comprese di pien diritto nella cessione, a titolo d'accessorii. Giacchè sono diritti distinti, bisogna vedere quale fosse l'intenzione delle parti contraenti. Il creditore ha ceduto semplicemente il suo credito, o ha ceduto tutti i diritti che gli spettavano riguardo al medesimo? Non si può decidere *a priori* quale sia la cosa venduta, tutto dipendendo dall'intenzione delle parti contraenti. La questione non è di diritto, ma di fatto.

Gli scrittori sono divisi, e così pure la giurisprudenza. Duvergier e Troplong pongono per principio che tutti i diritti del cedente relativi al credito ceduto sono trasmessi al cessionario (2). Ma si eccede così il testo della legge. L'art. 1692 non parla che degli accessorii del credito. Non vi ha alcuna legge la quale decida doversi presumere che quegli cui appartengono più diritti, li ceda tutti, e, nel silenzio della legge, tutto dipende dalla volontà delle parti. Tale è l'opinione degli editori di Zachariae, ma essi vi arrecano un'importante restrizione, facendo eccezione per l'azione di risoluzione spettante al venditore quando il compratore non paga il prezzo. Il diritto di chiedere la risoluzione, secondo Aubry e Rau, è un accessorio del credito del prezzo, nel senso dell'art. 1692, perchè è un

---

(1) MOURLON, t. III, p. 271, n. 676. AUBRY e RAU, t. IV, p. 438, nota 47, § 359 *bis*.
(2) DUVERGIER, t. II, p. 273, n. 222. TROPLONG, p. 466, n. 916.

mezzo di far valere il credito (1). Ne dubitiamo seriamente. Il venditore ha contro il compratore due diritti, quello al pagamento del prezzo e quello alla risoluzione quando il prezzo non vien pagato. Questi diritti hanno un carattere diverso, l'uno essendo mobiliare e l'altro immobiliare quando la cosa venduta è un immobile. Questi diritti hanno anche uno scopo diverso. Quando il venditore chiede la risoluzione, non domanda di essere pagato, ma chiede l'annullamento della vendita, intendendo di rientrare nella proprietà della cosa che ha alienato. Un diritto che tende ad annullare la vendita non può essere considerato come un mezzo per farla eseguire. Il venditore che vuol ricevere il prezzo non ha bisogno di chiedere la risoluzione del contratto, godendo del privilegio che gli assicura il pagamento del prezzo. Se dunque egli vende il credito del prezzo, lo cede munito del privilegio, ma non cede un diritto tutto diverso, quello di chiedere la risoluzione. Almeno tale è la decisione dal punto di vista dell'art. 1692. In fatto, il venditore può cedere l'uno e l'altro diritto, e quindi la soluzione dipende dall'intenzione delle parti contraenti (2).

La giurisprudenza non è pacifica su questo punto. È stato giudicato che le azioni di nullità e di rescissione non spettano al cessionario, ma la sentenza è molto mal motivata (3). Noi preferiamo attenerci ad una pronunzia della Corte di cassazione, che ha respinto il ricorso fondandosi sull'apprezzamento che la sentenza impugnata aveva fatto dell'intenzione delle parti (4).

536. La cessione produce ancora un altro effetto. Se trasferisce al compratore il credito colle sue qualità e i suoi accessorii, glielo trasmette pure coi vizii che lo affettano, vale a dire che, se è soggetto ad eccezioni, il debitore può opporle al cessionario come poteva invocarle contro il cedente. La Corte di cassazione ha stabilito benissimo il principio, e la giurisprudenza ne fa quotidiane applicazioni.

Che cosa è la cessione? La vendita d'un credito. Ora, la cosa venduta passa al compratore quale esisteva nelle mani del venditore. Il cessionario ha dunque, a riguardo del credito ceduto, gli stessi diritti che aveva il cedente; ma se il credito gli è trasmesso coi suoi vantaggi, gli è trasmesso anche coi vizii da cui poteva essere affetto. Il debitore non è dunque tenuto al debito, a riguardo del cessionario, che nella misura della sua obbligazione verso il cedente. Infatti, l'obbligazione del debitore non può ricevere modificazione di sorta per effetto della cessione, e ciò pel motivo semplicissimo ch'egli non vi interviene. Egli non fa che cambiar di creditore: il credito

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 439, e nota 49, § 359 *bis*.
(2) MARCADÉ, t. VI, p. 333, n. II dell'art. 1692.
(3) Limoges, 17 novembre 1811 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1718).
(4) Rigetto, 22 giugno 1830 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1919).

ceduto rimane lo stesso. Si è obbiettato che le cause vizianti l'obbligazione possono essere personali al cedente, come il dolo e la frode, alle quali il cessionario è certamente estraneo. Ma che importa? Ciò toglie forse che l'obbligazione sia viziata? E non è questa obbligazione viziata che vien trasmessa al compratore? La Corte suprema aggiunge una considerazione di fatto o d'equità, motivi questi i quali fanno sovente più impressione che non le ragioni di diritto. Decidere, dice la Corte, che un credito nullo nelle mani del cedente divenga valido nelle mani del cessionario sarebbe dare al creditore di mala fede il mezzo d'assicurare il successo del dolo e della frode colla cessione ad un terzo del credito viziato (1).

Si è mossa pure un'altra obbiezione, cioè che il debitore al quale è notificata la cessione dovrebbe fare la riserva delle eccezioni che gli spettano contro l'obbligazione. Non facendo alcuna riserva, si ritiene che vi rinunci. A maggior ragione, si dice, accade così quando accetta la cessione. La Corte di Parigi ha data una risposta perentoria a queste cattive ragioni. Che cosa è la notifica o l'accettazione? Una specie di pubblicità che la legge prescrive per far conoscere la cessione ai terzi interessati. Ma la pubblicità cambia forse qualche cosa alla natura del credito, e di nullo ch'esso era lo renderebbe valido? Il credito ceduto non è novato colla cessione, nè colla notifica o l'accettazione di questa, e quindi sussiste colla sua causa, le sue condizioni e i vizii da cui è affetto. È vero che il debitore può rinunciare al beneficio delle eccezioni che aveva il diritto d'opporre al cedente, ma le rinuncie non si presumono. Perchè si possa ammetterlo, bisogna che il debitore abbia assunto un'obbligazione personale verso il cessionario. Si forma allora una nuova convenzione, il cui effetto sarà apprezzato dai tribunali (2).

Ci limitiamo a citare un'applicazione del principio. Un fondo di commercio è venduto per una somma di sessantamila lire. Su questo prezzo i venditori cedono una somma di quarantacinquemila lire. Il compratore non tarda ad accorgersi di essere stato ingannato; propone contro i venditori un'azione di riduzione del prezzo per causa di dolo, e notifica la sua domanda al cessionario. Questi pretende che l'azione di riduzione gli è estranea e che non gli si può opporre il dolo del venditore. Il tribunale di commercio riduce il prezzo a ventimila lire, e decide che il cessionario del prezzo non può avere maggiori diritti dei suoi cedenti. La Corte di Parigi confermò la sentenza. Sul ricorso, la Corte suprema sancisce il principio che

---

(1) Cassazione, 2 maggio 1853 (DALLOZ. 1853, 1, 144).

(2) Parigi, 5 agosto 1871 (DALLOZ, 1873, 2, 229). Cfr. Liegi, 14 febbraio 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 240). Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte di Poitiers, 2 luglio 1850 (DALLOZ, 1850, 2, 133), malissimo motivata e che crediamo inutile confutare. Essa non farà giurisprudenza.

il cessionario d'un credito non ha maggiori diritti del cedente, di cui è avente causa; donde consegue che il cessionario della porzione di prezzo sulla quale cadeva la pronunciata riduzione non poteva esigerne il pagamento più che non avessero potuto farlo i cedenti. Decidendo così, dice la Corte, la sentenza impugnata, anzichè violare i principii del diritto, ne ha fatto una correttissima applicazione (1).

537. Il cessionario è avente causa del cedente, nel senso ch'egli prende il suo posto rispetto al credito ceduto, e che questo credito gli vien trasmesso, come dicono le sentenze, colle sue qualità e i suoi vizii. Non bisogna però esagerare la portata di queste decisioni. La parola *avente causa,* come la parola *terzo,* ha diversi significati, secondo le differenti materie, di modo che la stessa parte, per riguardo all'identico atto, può essere ora un avente causa ed ora un terzo. Accade così del cessionario d'un credito, il quale è avente causa del cedente come successore nei suoi diritti, ed è terzo se gli si oppone un credito del cedente che non ha data certa. Gli scritti emanati dal cedente non hanno data certa, a riguardo del cessionario, fuori dei casi previsti dall'art. 1328 (2). Però non bisogna perdere di vista l'eccezione che la giurisprudenza ha consacrato, in quanto concerne le quitanze che il cedente avesse rilasciato al debitore. Rimandiamo a quanto si è detto, su questo punto, al titolo delle *Obbligazioni* (v. XIX, nn. 332-335).

Sezione IV. — Della garanzia.

538. Si distinguono, in materia di cessione, due garanzie: la *garanzia di diritto,* colla quale il cedente si obbliga a rispondere all'esistenza del credito all'atto della cessione, e la *garanzia di fatto,* che consiste nel rendersi contabile della solvibilità del debitore. Il cedente è tenuto alla garanzia di diritto (art. 1693); non è tenuto alla garanzia di fatto che quando vi si sia obbligato (art. 1694).

§ I. — *Della garanzia di diritto.*

539. « Chi vende un credito od altro diritto incorporale deve garantirne l'esistenza al tempo della cessione, *quantunque questa venga stipulata senza garanzia* (art. 1693) ». Le parole « *quantunque questa venga stipulata senza garanzia* » devono

(1) Rigetto, 19 luglio 1869 (Dalloz, 1870, 1, 81).
(2) Bruxelles, 19 gennaio 1848 (*Pasicrisie,* 1850, 2, 188).

essere intese nel senso dell'art. 1626: « Quantunque nel contratto di vendita non siasi stipulata la garanzia ». In altri termini, come dice questo stesso articolo, il venditore è obbligato di diritto a garantire il compratore. Questa obbligazione non ha bisogno d'essere stipulata, poichè risulta dalla natura stessa della vendita. Secondo l'art. 1602, il venditore ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e quella di garantire la cosa che vende. Ciò che è vero del venditore in generale lo è altresì del cedente. Non vi ha vendita senza oggetto, e quindi bisogna che il credito ceduto esista all'atto della cessione, altrimenti non vi ha cessione. Questa garanzia non ha tratto soltanto all'indole della cessione, ma alla stessa sua essenza, perchè non si concepisce vendita d'un credito senza suo credito.

540. L'art. 1693 dice che il cedente deve garantire l'*esistenza* del credito. Bisogna intendere la parola *esistenza* nel senso che le dà la tradizione. « Chiunque, dice Loyseau, vende il decreto di una rendita, è tenuto a garantire ch'essa è dovuta e legittimamente costituita, perchè in ogni contratto di vendita indistintamente il venditore è tenuto a tre cose, giusta la natura del contratto, per escludere il regresso in garanzia: 1.° Che la cosa sia e sussista; 2.° Che gli appartenga; 3.° Che non sia vincolata nè ipotecata ad altri » (1). Pothier riassume questa dottrina dicendo che la garanzia di diritto consiste nel promettere che il credito venduto è veramente dovuto al venditore (2), e il codice è ancora più breve, non accennando che dell'esistenza del credito. Dobbiamo dunque vedere che cosa comprenda l'esistenza del credito secondo le spiegazioni di Loyseau.

541. Anzitutto il venditore è tenuto a garantire che il credito *sia e sussista*. Se il credito non è mai esistito, mancando una delle condizioni richieste per l'esistenza del contratto, il cedente non ha venduto nulla; non vi ha oggetto, e quindi va da sè che sarà dovuta la garanzia. Accadrebbe lo stesso se il credito fosse esistito, ma si trovasse già estinto all'atto della cessione, perchè gli è allora come se non fosse mai esistito (3). Tale sarebbe un credito prescritto, un credito compensato. Su quest'ultimo punto sono intervenute due sentenze di cassazione (4). Quello che ha tratto in inganno, ci pare, il primo giudice, è che il titolo del credito sussisteva materialmente all'atto della cessione, ma il titolo non serve che di prova, e la prova è vana, quando il diritto è estinto.

542. Bisogna, in secondo luogo, che il credito sia legittimamente costituito, dice Loyseau. Se è affetto da un vizio che lo

---

(1) Loyseau, *Della garanzia delle rendite*, capo III, nn. 1 e 2.
(2) Pothier, *Delle obbligazioni*, n. 559.
(3) Duvergier, t. II, p. 306, n. 248.
(4) Cassazione, 6 ottobre 1807 e 1.° agosto 1808 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1845).

rende nullo o rescindibile, il cessionario ha diritto alla garanzia. Non vi ha dubbio su ciò, quando il diritto sia realmente annullato o rescisso, perchè la sentenza che annulla il credito lo annienta come se non fosse mai esistito. Ma occorre che vi sia annullamento perchè il cessionario possa agire? Il cessionario può invocare l'art. 1653, a termini del quale il compratore che ha giusto motivo di temere d'essere molestato può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare la molestia, quando questi non prescelga di dar cauzione. Ora, il cessionario ha certamente giusto motivo di temere d'essere molestato, quando il debitore del credito può esercitare un'azione di nullità che tende ad annientare il diritto ceduto (1). Ciò dimostra che non bisogna prendere la parola *esistenza* dell'art. 1693 in un senso troppo ristretto. Il credito nullo sussiste, ma non esiste legittimamente, come dice Loyseau, e quindi vi ha luogo a garanzia.

La giurisprudenza ha consacrato questi principii. Una persona che si trova in istato notorio d'imbecillità contrae un debito. Il credito viene ceduto, se ne pronuncia la nullità, e il cedente è dichiarato responsabile. In cassazione, si invocano i termini dell'art. 1690, giusta i quali il cedente non deve garantire che l'esistenza del credito. Ora, è incontestabile che un credito annullabile esista, e quindi non vi ha luogo a garanzia. La Corte risponde essere uguale in diritto che un credito non esista o che non si trovi in condizioni di vitalità per un vizio essenziale inerente alla convenzione. Il ricorso aggiungeva che, se l'imbecillità del debitore era notoria, ne risultava che il cessionario aveva conosciuto il vizio del credito, e che, per conseguenza, aveva comperato a suo rischio e pericolo. La sentenza impugnata aveva già risposto all'obbiezione, constatando non risultare stabilito che la notorietà fosse giunta a conoscenza del cessionario (2).

La Corte suprema ha applicato lo stesso principio in materia commerciale. Il caso merita d'essere ricordato. Taluni cambiavalute vendono un certo numero di biglietti di banca austriaci da cento florini ciascuno. Essendo stati questi biglietti presentati alla banca di Vienna da un cessionario, ventisei vennero riconosciuti falsi. Donde un'azione di garanzia che, respinta in prima istanza dal tribunale della Senna, fu ammessa in appello. Il ricorso per cassazione sosteneva che la Corte di Parigi aveva fatto una falsa applicazione dell'art. 1693 dichiarando un cambiavalute garante del valore dei biglietti di banca falsi da lui rimessi in buona fede ad un privato, a titolo di cessione. La garanzia, si diceva, alla quale è sottoposto colui che

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 197, n. 139 *bis* II.
(2) Rigetto, 19 febbraio 1861 (DALLOZ, 1861, 1, 443). Cfr. Bruxelles, 20 luglio 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 302).

cede un biglietto di banca falso, non potrebbe essere, in realtà, altro che quella del negoziante, cambiavalute o banchiere che avesse, senza volerlo e senza saperlo, negoziato in buona fede effetti di commercio, lettere di cambio, o biglietti all'ordine rivestiti di firme false, e questa garanzia è regolata dalla legge commerciale. Ora, risulta dagli articoli 140 e 187 del codice di commercio che chi non ha girato ed ha rimesso da mano a mano, come l'aveva ricevuto, un effetto di commercio, non è tenuto ad alcuna garanzia, perchè la mancanza della sua firma prova come egli non abbia voluto divenir garante della cessione, e che il cessionario ha seguito la fede del titolo. Questi ha accettato l'effetto o il biglietto come buono, e per conseguenza, non ha diritto ad alcuna garanzia. La Cassazione rigettò tale dottrina. Essa dice che la garanzia è della natura di ogni vendita, e che sarebbe contrario tanto al diritto quanto all'equità il decidere che la rimessa di biglietti di banca falsi, sebbene fatta in buona fede, non possa dar luogo a regresso da parte di colui che ne ha pagato il prezzo in buona valuta (1).

543. Non basta che il credito esista e che non sia affetto da alcun vizio, ma occorre ancora ch'esso appartenga al cedente. È questo l'oggetto ordinario della garanzia, quando si tratta di cose corporali. Chi vende un credito appartenente a un terzo vende la cosa altrui. Questa vendita è nulla ed assoggetta il venditore alla garanzia verso il compratore (art. 1599). Si applicano, in tal caso, i principii generali della vendita. Il cessionario ha azione quando è evitto dal vero proprietario, ma non è tenuto ad aspettare l'evizione, e può chiedere immediatamente la nullità, in forza dell'art. 1599 (2).

544. La giurisprudenza applica alla garanzia dei crediti i principii che reggono la garanzia delle cose corporali. Secondo l'art. 1693, il cedente deve garantire l'esistenza del credito *al tempo della cessione*. Il cedente non è responsabile della perdita o della diminuzione subìta dal credito posteriormente alla cessione. Loyseau lo avverte: « Siccome dopo la perfezione della vendita il pericolo della cosa sta a carico del compratore, così anche gli accidenti che sopravvengono sono a carico del cessionario. Per esempio, quando un editto ribassasse d'un terzo il tasso delle rendite dovute, o se riducessero le rendite al quindici o al sedici per danaro: se, insomma, sopraggiungessero modificazioni di tal fatta, è certo che simili danni ricadrebbero sui compratori delle rendite, e ch'essi non avrebbero regresso contro i cedenti, nemmeno in forza della

---

(1) Rigetto, 26 dicembre 1860 (DALLOZ, 1861, 1, 213).
(2) Bruxelles, 18 ottobre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 261).

clausola *de payer soi-même* » (1). Antecedentemente al 1789 vien ceduto un credito sopra una diocesi che è stata distrutta dalla rivoluzione, e la cui liquidazione non venne fatta in tempo utile. Esso perisce a danno del cessionario, quand'anche questi avesse stipulato la garanzia. La garanzia non s'estende mai ai fatti del principe o di forza maggiore, a meno che non vi sia al riguardo una clausola espressa nel contratto (2).

545. L'obbligazione più naturale del garante è che non può egli stesso evincere il cessionario al quale deve la garanzia. Tuttavia ciò è stato contestato davanti la Corte di cassazione. Il marito cede i diritti dotali della moglie rendendosi mallevadore della cessione. Il figlio, erede della madre in danno e senza il concorso della quale aveva avuto luogo la cessione, ne domanda la nullità. La nullità era evidente, ma il figlio era anche erede del padre, e, come tale, accedeva all'obbligazione di garanzia che il cedente aveva contratto. Nella specie, il cessionario non era in buona fede, ma da ciò risultava una cosa sola, val dire ch'egli non aveva diritto ai danni ed interessi (art. 1599). Il venditore aveva pur sempre venduto la cosa altrui, e per questo titolo era garante (3).

546. Il venditore deve garanzia per tutto ciò che è compreso nella vendita. Ora, secondo l'art. 1692, la vendita comprende gli accessorii del credito, e quindi l'obbligazione della garanzia si estende a questi accessorii. Occorre, per farsi luogo alla garanzia, che la cessione enumeri gli accessorii? La legge non lo esige, nè ciò risulta dai principii. A termini dell'art. 1693, il cedente è tenuto a garantire l'esistenza del credito al tempo della cessione, e nel credito la legge comprende gli accessorii. La garanzia cade dunque tanto sugli accessorii quanto sul credito. Così, quando la cessione ha per oggetto una rendita ipotecata, il cedente deve garanzia dell'evizione totale o parziale dell'immobile, quand'anche l'atto non avesse dichiarato che il credito è vincolato con ipoteca sovra specificati immobili (4).

L'applicazione del principio ha dato luogo ad una questione molto controversa. Il cedente deve garantire gli accessorii, in forza del principio della garanzia di diritto; vale a dire ch'egli garantisce l'esistenza degli accessorii, ma non l'efficacia di fatto dei medesimi. Così egli garantisce l'esistenza della fidejussione, ma non è garante della solvibilità del fideiussore, come non è garante della solvibilità del debitore. Su questo punto non vi ha alcun dubbio. Ma che dovrà dirsi se l'accessorio è inefficace in forza della legge, e al momento stesso della cessione? Ecco la specie. Viene ceduto il prezzo d'una vendita, garantito dal privilegio

---

(1) LOYSEAU, *Della garanzia delle vendite*, capo IV, n. 18.
(2) Rigetto, 19 giugno 1817 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1853, 2.°).
(3) Rigetto, 2 gennaio 1838 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1873).
(4) Bruxelles, 18 ottobre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 261).

del venditore. Il debitore fallisce, e l'apertura del fallimento è retrodatata a un tempo anteriore alla cessione. Il venditore non può esercitare il suo privilegio contro la massa (codice di comm., art. 550). Si domanda se il cedente sia garante dell'inefficacia legale del privilegio. La Corte di Bourges ha deciso la questione negativamente, fondandosi sui termini dell'art. 1693. Il cedente deve garantire soltanto l'esistenza del privilegio e la sua validità. Ora, nella specie, il privilegio esisteva ed era valido. È in causa del fallimento del debitore, e conseguentemente per la sua insolvibilità che è divenuto inefficace. Ora, il cedente non garantisce la solvibilità del debitore (1). Sul ricorso, la sentenza venne cassata, in seguito a deliberazione in camera di consiglio e sulle conclusioni contrarie del primo avvocato generale. La Corte si fonda sull'art. 550 del codice di commercio. Il privilegio del venditore d'effetti mobiliari non è ammesso in caso di fallimento. La legge lo dichiara estinto, a riguardo degli altri creditori, a partire dal momento in cui ha cominciato lo stato reale di fallimento. All'argomento che aveva trascinato la Corte di Bourges la Cassazione risponde « che gli effetti prodotti dallo stato legale di fallimento sul privilegio non potrebbero limitarsi alla semplice distruzione della sua utilità, e che un privilegio di cui tutti gli effetti utili sono periti deve considerarsi come abbia cessato di esistere » (2). Così, al momento stesso della cessione, il privilegio era più che inefficace, era estinto, e ciò che ne pare decisivo, in forza della legge, e non per l'insolvibilità del debitore. Se ne vuole la prova? Ce l'offre la Corte d'Orléans, alla quale fu rinviata la causa. Non era l'insolvibilità del debitore che impediva al cedente d'esercitare il suo privilegio. Vi erano nell'attivo fondi sufficienti per pagare il creditore privilegiato. S'egli non poteva toccare questi fondi è perchè non era più un creditore privilegiato, ma un semplice chirografario. La legge gli aveva sottratto il suo privilegio; esso non esisteva più all'atto della cessione, e quindi vi era luogo alla garanzia di diritto (3).

547. Gli accessorii, nella nostra materia, hanno più importanza del credito principale, perchè questo perisce quando periscono gli accessorii. Di qui numerose liti sulla garanzia. Ora si pretende che un accessorio non è stato compreso nella vendita (4), ora si sostiene che le convenzioni delle parti hanno derogato alla legge. In tutti questi casi, la questione è di fatto, poichè la soluzione dipende dalla interpretazione del contratto e dalla

---

(1) Bourges, 14 agosto 1855 (Dalloz, 1856, 2, 100).
(2) Cassazione, 10 febbraio 1857 (Dalloz, 1857, 1, 87).
(3) Orléans, 23 luglio 1857 (Dalloz, 1859, 1, 125).
(4) Vedi la sentenza di Lione del 12 giugno 1827, che Duvergier (t. II, p. 309, n. 254) riporta con tutte le circostanze della causa.

volontà delle parti contraenti. Anche la Corte di cassazione si limita a pronunciare sentenze di rigetto, trincerandosi dietro la sovranità dei giudici del fatto. In un atto di cessione è detto ch'essa è stipulata « senz'altra garanzia che quella dell'esistenza del credito ». Il senso di queste parole si presenta dubbio. Esse possono significare che il cedente deve garantire l'esistenza del credito, compresavi l'ipoteca che ne costituiva tutto il valore, e possono anche significare che il cedente non intende garantire gli accessorii, ma unicamente l'esistenza del credito. La Corte di Parigi le interpretò in quest'ultimo senso, invocando le circostanze della causa. Sul ricorso, fu giudicato che l'interpretazione ammessa dalla sentenza impugnata non interessava alcun principio di diritto, che rientrava nella sovranità dei giudici del fatto e non poteva quindi incorrere nella censura della Cassazione (1).

548. Quali sono gli effetti della garanzia? Essendo il cedente tenuto alla garanzia in forza del diritto comune, ne consegue che bisogna applicare le regole che governano gli effetti della garanzia, come sono determinati dall'art. 1630. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra intorno ai diritti che la legge dà al compratore evitto contro il venditore. Si è sostenuto che il cessionario evitto non aveva diritto agli interessi che a partire dal giorno della domanda conformemente al diritto comune. Infatti, l'art. 1630 non parla che della restituzione del prezzo. La Corte di cassazione risponde che il testo medesimo dell'art. 1630 condanna questa pretesa. Esso suppone che il compratore gode dei frutti, e compensa questo godimento con quello del capitale. Ora, nella specie, il cessionario non aveva riscosso gl'interessi del credito ceduto, ed era stato privato degli interessi del prezzo pagato a contanti. Dunque gli interessi del prezzo dovevano essere assegnati al cessionario, altrimenti il cedente se ne sarebbe arricchito in danno suo. È questa l'applicazione del diritto comune (2).

549. L'applicazione dell'art. 1630 alla cessione solleva una difficoltà più seria. Supponiamo che un credito di duemila lire sia venduto per millecinquecento. Il cedente deve restituire soltanto il prezzo da lui riscosso, o deve restituire il capitale nominale del credito? Secondo il diritto comune, il cessionario ha diritto anzitutto alla restituzione del prezzo, che è la perdita che subisce, ma ha diritto altresì al guadagno di cui è stato privato. Ora, se il debitore è solvibile, il cessionario è privato d'un beneficio di cinquecento lire, di cui il cedente gli deve rispondere. La difficoltà sta nel sapere se sia applicabile il

(1) Rigetto, 28 maggio 1873 (DALLOZ, 1873, 1, 407). Cfr. rigetto, 19 novembre 1873 (DALLOZ, 1874, 1, 75).
(2) Rigetto, 29 luglio 1858 (DALLOZ, 1859, 1, 125).

diritto comune o se, in questo punto, il legislatore vi ha derogato. S'invoca l'art. 1694 come quello che avrebbe deciso la questione implicitamente contro il cessionario. Quando il cedente ha promesso la garanzia di fatto, quella della solvibilità del debitore, non ne è garante che fino a concorrenza del prezzo. Se gli è così per la garanzia di fatto, perchè non accadrebbe altrettanto della garanzia di diritto? A noi pare che l'argomento analogico non sia concludente. Quando il cedente garantisce la solvibilità del debitore, la sua intenzione non può essere di garantire questa solvibilità per l'ammontare nominale del credito. Sarebbe un atto di follia, od un'usura. Infatti, se il debitore è solvibile, il proprietario d'un credito di duemila lire non lo venderà per millecinquecento a meno che non abbia bisogno di denaro e non sia quindi costretto a subire le condizioni che gli impone la cupidigia del compratore. La situazione delle parti è tutta diversa quando il cedente è tenuto soltanto alla garanzia di diritto. Il cessionario non è sicuro di ricuperare il prezzo, ma, per contrario, può sperare che l'intiero credito sarà pagato, e quindi si trova nella condizione di ogni altro compratore, che può lucrare o perdere. Ora, il garante è tenuto ad indennizzarlo tanto del guadagno che non fa quanto della perdita reale che subisce (1).

Si dice che la legge non vede favorevolmente i compratori di crediti. Ciò non è esatto, o per lo meno non è vero che pei crediti litigiosi. La legge non contiene alcuna disposizione sfavorevole per la cessione di crediti ordinarii; sono invece gli interpreti che creano siffatta disposizione introducendo nel codice un'eccezione al diritto comune che in quello non è scritta (2).

N. 2. — Quando non è dovuta la garanzia di diritto?

550. Abbiamo detto che l'art. 1693 riproduce il principio dell'art. 1626. Ne risulta che il codice considera la garanzia di diritto come della natura della cessione; perciò è lecito alle parti di convenire che il cedente non sarà sottoposto ad alcuna garanzia. L'art. 1627, che decide così, è una conseguenza del principio stabilito dall'art. 1626: l'uno e l'altro saranno del pari applicabili alla cessione. Quale sarà l'effetto della stipulazione che esclude garanzia? Lo dice l'articolo 1629. Il venditore è tenuto alla restituzione del prezzo. La clausola ha soltanto l'effetto di esonerarlo dai danni ed interessi. Avviene lo stesso in caso di cessione, perchè uguale

(1) Cfr. Colmet de Santerre, t. VII, p. 198, n. 139 *bis* V. In senso contrario, Duranton, t. XVI, p. 528, n. 512, e tutti gli autori.
(2) Duvergier, t. II, p. 323, nn. 267 e 268. Colmet de Santerre, t. VII, pagina 198, n. 139 *bis* IV.

è il motivo del decidere. Dottrina e giurisprudenza sono d'accordo su questo punto, ed è inutile insistervi.

551. L'art. 1629 soggiunge che il venditore non è tenuto alla restituzione del prezzo anche quando l'acquirente avesse comprato a suo rischio e pericolo o fosse consapevole del pericolo dell'evizione all'atto della vendita. Occorre inoltre, in queste due ipotesi, che siasi stipulato la esclusione della garanzia? Rimandiamo a quanto fu detto sull'art. 1629. Quello che è certo si è che anche il cedente non deve restituire il prezzo quando ha stipulato la clausola che esclude la garanzia, e quando inoltre il cessionario conosceva il pericolo che correva di essere evitto. La giurisprudenza offre un memorabile esempio di questa regola. Nel 1809 il generale Rapp, avendo occupato militarmente la città di Danzica, pretese di essere proprietario delle palizzate della fortezza, e ordinò alle autorità municipali di riscattarle. Per conseguenza, i borgomastri, autorizzati dal senato, firmarono delle obbligazioni pagabili a sei, otto e dieci anni, per una somma di duecentocinquantamila lire. Il 10 agosto 1814 il generale cedette duecentomila lire di questo credito pel prezzo di centosessantamila lire, colla clausola formale di esclusione della garanzia. Il cessionario tentò invano di farsi pagare dopo la caduta dell'impero. Gli fu risposto che Rapp aveva commesso un abuso di potere vendendo fortificazioni che erano poste fuori di commercio. Si può opporre al conquistatore questa eccezione attinta nel diritto privato? Poniamo la questione senza risolverla, perchè la soluzione è estranea alla questione. Il cessionario agisce in garanzia contro la vedova del generale Rapp. Questa domanda, ammessa dal tribunale della Senna, fu respinta in appello. La Corte di Parigi rileva che la cessione era stata fatta colla clausola esclusiva della garanzia; che nessuna garanzia era dovuta contro il rifiuto del governo prussiano, poichè trattavasi di un fatto del principe, di cui il venditore non deve garanzia, e, quel che era decisivo, che alla data della cessione gli avvenimenti della guerra avevano fatto conoscere il pericolo dell'evizione; che la clausola di non garanzia stipulata dal cedente, ed imposta dal cessionario ad un subacquirente, provava che tutte le parti conoscevano i rischi inerenti alla natura del credito ceduto, il che rendeva l'art. 1629 applicabile nella sua lettera e nel suo spirito. Sul ricorso, la Corte di cassazione decise che la sentenza impugnata aveva fatto una giusta applicazione delle leggi in materia (1).

Raramente le rapine dei conquistatori hanno un'eco nelle aule dei tribunali civili. La Corte di cassazione ha applicato lo stesso principio a fatti meno strepitosi, ma più comuni. Una donna maritata sotto il regime della dote assume un prestito con autorizzazione giudiziale,

---

(1) Rigetto, 16 luglio 1828 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1877).

apparentemente pei bisogni della famiglia, in realtà nell'interesse personale del marito, e consente un'ipoteca sopra un immobile dotale. L'ipoteca era nulla. Donde un'azione di garanzia da parte del cessionario. Era espressamente stipulato nell'atto di cessione che questa aveva luogo senz'altra garanzia fuori di quella dell'esistenza del debito, e d'altra parte il giudice del fatto constatava che il cessionario aveva conosciuto gli atti che dimostravano la nullità dell'ipoteca. Si era dunque nei termini dell'art. 1629, e nessuna garanzia era dovuta al cessionario (1).

552. Non si deve indurre da queste decisioni che occorra necessariamente trovarsi nei termini dell'art. 1629 perchè la vendita sia aleatoria. La dottrina e la giurisprudenza, come abbiamo osservato altrove, si sono allontanate dal testo della legge. A dire il vero, la questione di sapere se una vendita è aleatoria dipende dalle convenzioni intervenute fra le parti, ed è quindi una questione di fatto anzichè di diritto (2). Ora, il giudice ha sempre il diritto e l'obbligo d'interpretare le convenzioni secondo l'intenzione delle parti contraenti.

La Corte di Lione ha giudicato che la vendita in massa dei crediti d'un fallimento fatta a forfait, senza regresso nè diminuzione di prezzo, pel caso in cui alcuni dei crediti allibrati non avessero esistenza reale, è una vendita aleatoria e non dà luogo ad alcuna garanzia. Si obbiettava che, in base all'art. 1693, il cedente deve garantire l'esistenza, all'atto della cessione, del credito ceduto. La Corte risponde che, nella specie, non erano crediti determinati che formavano l'oggetto della cessione, ma la massa dei crediti, e risultava dai termini medesimi del contratto che la vendita aveva un carattere aleatorio (3).

È stato ancor giudicato che l'obbligo pel cedente di garantire l'esistenza del credito e l'ipoteca che vi è inerente cessa nel caso in cui sia stabilito che il cessionario aveva notizia, all'atto della vendita, del pericolo o dell'incertezza, sia del credito, sia dell'ipoteca (4). Stando al testo dell'art. 1629 questa decisione sarebbe dubbia. Si può giustificarla fondandola sulle circostanze della causa, vale a dire sull'intenzione delle parti contraenti. Ma non è andare troppo oltre il decidere, come si è fatto, che il cessionario non ha più diritto alla garanzia quando ha potuto e dovuto conoscere i rischi dell'operazione che intraprendeva, e non poteva ignorare le alee cui si affidava, il che escludeva

---

(1) Rigetto, 7 luglio 1851 (Dalloz, 1851, 1, 297). Confronta una decisione analoga, rigetto, 13 gennaio 1874 (Dalloz, 1874, 1, 75).

(2) Cfr. quanto abbiamo detto più sopra, nn. 427-429.

(3) Lione, 30 novembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 212). Cfr. rigetto, 9 marzo 1837 (Dalloz, v. *Vente*, n. 1869), e 5 luglio 1837 (Dalloz, v. *Société*, n. 892), e rigetto, 5 dicembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 57).

(4) Riom, 13 marzo 1855 (Dalloz, 1855, 5, 239).

ogni concetto di garanzia? Si viene con ciò ad attribuire ad una semplice probabilità maggior effetto che ad una stipulazione formale escludente garanzia. Questo ci pare eccessivo. Se la Corte di cassazione ha respinto il ricorso, non se ne può indurre ch'essa abbia approvato la decisione, perchè la Corte si limita a dire che la sentenza impugnata ha fatto un apprezzamento che entrava nelle attribuzioni esclusive dei primi giudici (1).

553. A termini dell'art. 1629, la clausola d'esclusione della garanzia non toglie che il venditore sia obbligato a quello che risulta da un fatto suo proprio; anzi la legge proibisce ogni convenzione contraria. Abbiamo detto più sopra qual significato abbia questa disposizione e quale ne sia la ragione. Essa s'applica alla cessione di crediti, perchè la legge non vi deroga ed esige lo stesso motivo di decidere (2). Togliamo qualche esempio alla giurisprudenza.

Un notaio cede un credito risultante, a suo profitto, da un atto che aveva ricevuto e che, per questo motivo, venne annullato. È stato giudicato ch'egli era garante verso il cessionario di questa nullità, che gli era imputabile, quantunque avesse stipulato una clausola di non garanzia, non applicandosi questa clausola ai fatti personali del cedente (3).

Nella specie, il fatto personale era anteriore alla cessione. Sarebbe lo stesso se il fatto fosse posteriore, perchè, come dice la Corte di Douai, il garante non può far nulla che attenti all'esercizio dei diritti da lui garantiti. Ogni azione diretta che esercitasse contro il cessionario e che dovesse avere questo risultato sarebbe respinta dall'eccezione di garanzia. Vi era questo di particolare nella causa giudicata dalla Corte di Douai, che il cessionario invocava l'eccezione in materia di graduazione, e il cedente pretendeva ch'egli non era attore e che non proponeva alcuna azione contro colui al quale doveva la garanzia. La Corte risponde che il creditore il quale si presenta in un giudizio di graduazione si costituisce attore per essere preferito contro i creditori che gli sono ipotecariamente posteriori. Ne consegue che il cedente, creditore ipotecario anteriore al cessionario che chiede di essere collocato al suo grado d'iscrizione, è tenuto, a riguardo di questo, alla garanzia sotto forma d'eccezione, nel senso che il cessionario può chiedere che il cedente non sia collocato a suo danno. Il cedente obbiettava ancora ch'egli non impugnava l'ipoteca del cessionario e che non s'opponeva menomamente e che questi fosse collocato nel grado che gli spettava. L'inscrizione, egli diceva, producendo tutto l'effetto di cui è suscettibile dipendentemente

---

(1) Rigetto, 25 febbraio 1835 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1879, 1.°).
(2) DUVERGIER, t. II, p. 316, n. 262.
(3) Bourges, 8 dicembre 1863 (DALLOZ, 1864, 1, 438).

dalla sua data, non vi era luogo a garanzia. Ma era disconoscere il principio della garanzia risultante dai fatti proprii del cedente. Questo principio ha per conseguenza che il garante non può essere preferito al garantito quando vi ha concorso fra l'ipoteca del cedente e l'ipoteca del cessionario. Si farebbe luogo a garanzia quando il cessionario non fosse collocato utilmente in conseguenza della collocazione del cedente. Infine, il cedente pretendeva di non dovere la garanzia, perchè non era divenuto creditore che posteriormente alla cessione, per effetto d'una surroga nei diritti d'un terzo. L'art. 1628 ed i principii elementari della garanzia rispondevano all'obbiezione. Non vi ha a distinguere tra i fatti posteriori alla cessione e i fatti anteriori. Dal momento che sono fatti proprii del cedente, egli ne deve garanzia. I fatti posteriori hanno anzi maggior gravità, nel senso che il cedente vien meno direttamente all'obbligo che ha contratto di garantire il pacifico possesso al cessionario. Più ancora: egli non può mai liberarsi dalla garanzia per questi fatti, mentre potrebbe stipulare che non sarà garante d'un fatto anteriore alla cessione, facendolo conoscere al cessionario (1).

§ II. — *Della garanzia di fatto.*

N. 1. — Quando vi ha luogo alla garanzia di fatto.

554. « Il cedente non è responsabile della solvibilità del debitore che quando si è a ciò obbligato, e fino a concorrenza soltanto del prezzo che ha riscosso pel credito ». Per solvibilità l'art. 1694 intende la solvibilità attuale (art. 1695). Sta dunque il principio che il cedente non risponde dell'insolvibilità del debitore che esistesse all'atto della cessione. Quale ne è la ragione? L'obbligazione di garanzia implica che la cosa venduta non appartiene al venditore o che un terzo vi ha dei diritti che non sono stati dichiarati all'atto della vendita. In questo senso, l'art. 1626 dice che il venditore è tenuto a garantire il compratore dall'evizione che soffre di tutta o di parte della cosa venduta. Dunque, se il compratore non è e non può essere evitto, non vi ha luogo a garanzia: donde segue che se il credito ceduto esiste, quantunque il debitore sia insolvibile, il cessionario non può avere alcuna azione. Infatti, non è possibile l'evizione, poichè il credito appartiene al cedente. Si dirà che, se il debitore è insolvibile, il credito ceduto equivale ad un credito inesistente? No, perchè il diritto

---

(1) Douai, 21 dicembre 1853 (DALLOZ, 1854, 2, 164). Cfr. Parigi, 27 agosto 1806 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1146).

esiste, e il debitore può ritornare a miglior fortuna. In fatto, le parti avranno tenuto conto dell'insolvibilità del debitore e il prezzo sarà stato stabilito di conseguenza. Che se il cedente conosceva l'insolvibilità ed ebbe a dissimularla, vi sarebbe dolo, e il cessionario avrebbe, per questo titolo, un'azione contro di lui.

555. Il cedente non risponde della solvibilità del debitore che quando si è a ciò obbligato. In quali deve essere compilata questa obbligazione? La legge non esige mai termini sacramentali, ma siccome si tratta d'una garanzia eccezionale, occorre che sia stipulata. Spetta al giudice interpretare la clausola. Si domanda se la semplice clausola di garanzia deve essere interpretata nel senso che il cedente sia tenuto non solo alla garanzia di diritto, ma anche alla garanzia della solvibilità. È una questione di fatto, poichè si tratta della volontà e dell'intenzione delle parti contraenti, e quindi il giudice la deciderà secondo i termini dell'atto e secondo le circostanze della causa.

Gli autori insegnano generalmente, in diritto, che la clausola di garanzia obbliga il cedente a rispondere della solvibilità attuale del debitore. Noi crediamo che la questione posta in diritto dovrebbe ricevere una soluzione contraria. L'articolo 1630 equipara la promessa di garanzia e la garanzia che esiste di diritto, senza stipulazione alcuna. La legge decide così in applicazione d'una regola generale d'ermeneutica. Quando le parti contraenti trascrivono nel loro contratto una disposizione della legge, questa non cambia natura e non produce un effetto diverso. È così che la condizione risolutiva tacita, riprodotta dalle parti nei termini dell'art. 1084, non ha altri effetti che quelli che avrebbe se non fosse stata stipulata. La ragione si è che le clausole le quali non fanno che riprodurre una disposizione della legge sono di prammatica, e non implicano l'intenzione di derogare alla legge. Si dirà che la clausola così interpretata non avrà alcun effetto, il che è contrario alla regola dell'art. 1157? Rispondiamo anzitutto che l'art. 1157 non dice quello che gli si vuol attribuire. Esso suppone una clausola che non avrebbe alcun effetto se fosse interpretata in uno dei sensi che presenta. Ora, non si può dire della clausola di garanzia che non ha alcun effetto, poichè ha l'effetto che la legge le attribuisce. Se a simili clausole si attribuisse un effetto più esteso di quello che la legge dà loro, si andrebbe quasi sempre contro l'intenzione delle parti contraenti, perchè queste clausole sono l'opera di chi stende l'atto, ed anche quando le scrivessero le parti, non si può supporre in loro l'intenzione di derogare alla legge. Bisognerebbe cominciare a provare ch'esse conoscevano la legge (1).

La questione era controversa già nell'antico diritto. Loyseau

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 443, nota 70, § 359 *bis*.

insegnava che la clausola di garanzia imponeva al cedente l'obbligo di rispondere della solvibilità attuale del debitore. Uno dei nostri più valenti scrittori, il Duvergier, dice che le ragioni sulle quali egli si fonda sono piene di senso e di giustezza (1). Noi troviamo che provano troppo, e si sa che in diritto non è bene provar troppo, perchè chi prova troppo non prova nulla. « Garantire una rendita, dice Loyseau, che altro è mai se non renderla buona, vale a dire ben pagabile ed esigibile? Oltre a questo, che cosa sembrerebbe mai un contratto di buona fede in cui il venditore avesse il denaro del compratore e il compratore non avesse altro che carta? Non è un vero debito inesigibile ». Si potrebbero far valere tutte queste ragioni per indurne che il cedente deve, senza clausola alcuna e per la natura del contratto, rispondere della solvibilità del debitore, e quindi si proverebbe troppo, perchè ci metteremmo all'infuori della teoria del codice. Non insistiamo oltre, perchè, a nostro avviso, la questione è di fatto e non di diritto.

556. Accadrebbe altrimenti se il cedente promettesse la *garanzia di fatto*. Questa espressione ha un significato tecnico. Gli è come se il cedente avesse detto testualmente che si obbliga a rispondere della solvibilità del debitore, perchè la garanzia di fatto non è altra cosa. Se non si desse questo senso alla clausola, non ne avrebbe alcuno, perchè è impossibile applicare alla garanzia di diritto una clausola che parla della garanzia di fatto, come è impossibile ammettere che le parti abbiano parlato senza voler dar nulla (2).

557. La Corte di cassazione ha applicato il principio dell'art. 1694 alle cessioni commerciali. Si facevano obbiezioni molto serie, e siccome esse riguardano i principii che reggono la cessione, bisogna che vi ci soffermiamo. Il ricorso riconosceva che le regole del codice civile sulla cessione sono applicabili in materia commerciale, ma negava che la convenzione in controversia fosse una cessione. Si trattava d'un contratto col quale un commerciante cedeva ad un terzo il contratto con cui un altro commerciante s'era obbligato a consegnargli della mercanzia a determinate epoche. Il ricorso sosteneva che la detta convenzione non era una cessione, ma un contratto innominato, commerciale più che civile, al quale si dovevano applicare gli usi del commercio. Non è una cessione, si diceva, perchè la cessione è il semplice trapasso d'un diritto, mentre, nella specie, la convenzione ha per oggetto di cedere un contratto, vale a dire obblighi e diritti nel tempo stesso. Ora, se si concepisce la cessione d'un diritto, non si comprende la cessione d'un debito. La Suprema Corte risponde che il

---

(1) Loyseau, *Della garanzia delle rendite*, capo III, nn. 16 e 20. DUVERGIER, t. II, p. 327, n. 272. TROPLONG, p. 475, n. 938.
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 444, § 359 *bis*.

commerciante il quale cede un suo contratto rimane obbligato personalmente, il che non gl'impedisce di cedere il suo diritto alla fornitura delle mercanzie, salvo al venditore esercitare contro il cedente l'azione personale che ha contro il suo debitore, azione da cui questi non può liberarsi colla cessione (1).

558. Vi ha un'eccezione alla regola dell'art. 1694. L'art. 886 ammette la garanzia della solvibilità del debitore, senza stipulazione alcuna, nel caso in cui si tratti della cessione d'una rendita fatta in una divisione da uno ad un altro coerede. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Successioni*.

559. Quando il cedente ha promesso la garanzia di fatto, non è responsabile della solvibilità del debitore che fino a concorrenza del prezzo da lui riscosso pel credito (art. 1694). Abbiamo già detto il motivo di questa disposizione (n. 549). La legge suppone che tale sia l'intenzione delle parti contraenti, donde segue che le parti potrebbero stipulare il contrario (2). Questo punto è però controverso. Si dà anche un'altra ragione della disposizione restrittiva dell'art. 1694. La legge ha temuto, si dice, che la garanzia della solvibilità del debitore fino a concorrenza dell'ammontare nominale del credito non nasconda una convenzione usuraria. Infatti, non si vede una causa legittima d'una simile stipulazione. Se il debitore è realmente solvibile, e se il cedente garantisce questa solvibilità fino a concorrenza di duemila lire, ammontare del credito, perchè lo cederebbe per millecinquecento? È un beneficio senza causa ch'egli procura al cessionario, e questo beneficio non è in realtà che un'usura (3). Una simile interpretazione dell'art. 1694 ci lascia un dubbio. Su che mai è fondata? Non si sa bene. Supponendo che vi sia probabilità d'usura, una probabilità non è una presunzione. Perchè vi sia presunzione legale, occorre un testo che la stabilisca chiaramente, e non si comprende perchè il codice l'avrebbe stabilita, quando permetteva alle parti di stabilire il tasso dell'interesse convenzionale (art. 1907). In mancanza d'una presunzione e d'un divieto, bisogna mantenere il principio della libertà delle parti contraenti.

560. « Quando il cedente ha promesso la garanzia della solvibilità del debitore, tale promessa non comprende che la solvibilità attuale, e non si estende al tempo avvenire, se ciò non fu espressamente stipulato » (art. 1695). Questa disposizione è un'applicazione dei principii generali che reggono la garanzia.

---

(1) Rigetto, della sezione civile, in seguito a deliberazione in camera di consiglio, 6 maggio 1857 (DALLOZ, 1857, 1, 289).

(2) DURANTON, t. XVI, p. 530, n. 512.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 200, n. 140 *bis* I e II.

Il venditore non è mai tenuto pei fatti posteriori alla vendita. Dal giorno del contratto, la cosa è a rischio del compratore, e a maggior ragione dev'essere così della solvibilità del debitore, di cui il cedente non risponde che per eccezione. Ogni eccezione va interpretata restrittivamente. Il cedente può ben garantire la solvibilità attuale del debitore, se lo conosce, ma è pericolosissimo garantire la solvibilità futura di chicchessia, e quindi il cedente che garantisce la solvibilità futura prende sopra di sè tutte le cattive eventualità. Per una clausola così esorbitante la legge esige una stipulazione espressa, ossia la clausola deve recare che il cedente risponde della solvibilità futura. Questa garanzia non è dovuta che fino a concorrenza del prezzo della cessione, perchè è una garanzia di fatto, e la garanzia di fatto, secondo l'art. 1694, va limitata al prezzo. Si verrebbe ad aggiungere all'eccezione estendendola all'ammontare del credito. Le parti possono farlo, secondo la nostra opinione (n. 550), ma occorrerebbe all'uopo una stipulazione formale relativa all'estensione della garanzia (1).

561. In quali termini dev'essere stipulata la clausola di garanzia della solvibilità futura? La legge vuole una stipulazione espressa, senza prescrivere i termini nei quali va formulata. Spetta, se mai, ai tribunali l'interpretarla. Vi ha una formula tradizionale che si perpetua negli atti, è la clausola di *fournir et faire valoir*, ed è interpretata come garanzia della solvibilità futura del debitore (2). L'intenzione ne sembra molto dubbia. Che i tribunali decidano così in fatto, fondandosi sull'intenzione delle parti contraenti, è conforme ai principii, ma che giudichino, in diritto, che la clausola di fornire e far valere deve essere intesa in tal modo ci pare contrario alle regole d'una sana interpretazione. Già nell'antico diritto il significato di questa clausola era controverso. Basta leggere in Loyseau ed in Pothier (3) le ragioni che si adducevano, da una parte e dall'altra, al fine di determinare il senso della clausola, per convincersi che non si può presumere che le parti contraenti conoscano queste sottigliezze giuridiche. Eppure è della volontà delle parti che si tratta. Duvergier dice: « È sufficiente che sia stata fin qui l'interpretazione ammessa al palazzo (sono le parole di Loyseau) e che sia la più comune, per supporre che le parti che hanno usato la clausola l'abbiano intesa così ». No che non basta. Si domanda qual sia l'intenzione delle parti, e che cosa sanno le parti di quello che accadeva

(1) Parigi, 30 giugno 1853 (DALLOZ, 1854, 5, 410).

(2) Rion, 8 maggio 1809 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1894, 3.°). DUVERGIER, t. II, p. 329, n. 273.

(3) LOYSEAU. *Della garanzia della rendita,* cap. V, n. 10. POTHIER, *Delle obbligazioni*, n. 563.

al palazzo al tempo di Loyseau? Sanno esse quello che vi avviene oggidì? Gli scrittori dimenticano sempre che le parti non sono giurisperiti.

N. 2. — **Effetto della garanzia di fatto.**

562. Il cedente deve garantire il cessionario contro l'insolvibilità del debitore, e quindi il cessionario ha regresso contro il suo garante quando il debitore è insolvibile. Bisogna che il cessionario provi l'insolvibilità, poichè tale è il fondamento della sua domanda. Ne consegue che il cessionario deve cominciare ad escutere il debitore, e se vi sono fideiussori od ipoteche, deve escutere i fideiussori e procedere contro i possessori degli immobili ipotecati per la garanzia del credito. Così decidono dottrina e giurisprudenza, e la massima non è dubbia (1). Vi ha un caso nel quale il cessionario è dispensato dall'escussione, quando, cioè, il debitore è dichiarato fallito o l'ipoteca cade per essere stata consentita in tempo in cui il debitore non aveva più diritto d'ipotecare (2). Ma dovrà chiedere collazione, e non avrà regresso contro il cedente se non per la parte del credito non ancora soddisfatta.

Le parti possono derogare a questa regola, poichè la legge permette loro di accrescere, come sono libere di diminuire l'effetto dell'obbligazione di garanzia (art. 1627). Così il cedente può promettere di pagare senza che sia spinta azione contro il debitore, o dopo una semplice intimazione. In questo caso, il cessionario non è tenuto ad escutere prima il debitore, nè i fideiussori, nè le ipoteche (3). Crediamo inutile insistere su queste clausole, tutto dipendendo dall'intenzione delle parti contraenti ed è, per conseguenza, dalle circostanze della causa che i tribunali apprezzano sovranamente.

563. Il cessionario conserva il regresso che la garanzia gli accorda contro il cedente se il credito ceduto è perito per fatto suo o per sua negligenza? Vi ha un caso nel quale tutti sono d'accordo, quando cioè la perdita del credito o dei diritti accessorii che ne assicurano il pagamento deriva dal fatto del cessionario. Si paragona il cedente ad un fideiussore. Ora, il fideiussore è liberato quando la surrogazione nei diritti, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore non può più, pel fatto di questo creditore, operarsi a vantaggio del fideiussore (art. 2037). Pel caso in cui vi sia semplice negligenza da parte del cessionario, vi ha grande controversia. La maggior parte degli scrittori moderni

---

(1) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, n. 1894. AUBRY e RAU, t. IV, p. 444, nota 73, § 359 *bis*.
(2) Liegi, 14 febbraio 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 165).
(3) DUVERGIER, t. II, p. 349, n. 283.

concorda nell'insegnare che il cessionario perde l'azione del regresso quando il credito perisca per sua colpa, qualunque questa si sia (1). Crediamo inutile di entrare nella questione, perchè i principii della garanzia bastano per decidere le difficoltà. A termini dell'art. 1640, la garanzia per causa d'evizione cessa pel fatto solo che l'acquirente si sia lasciato condannare senza chiamare in causa il suo venditore, se questi prova che esistevano sufficienti motivi per far respingere la domanda, e quindi il compratore perde il regresso per una semplice negligenza. Questo principio deve ricevere applicazione tanto alla garanzia di fatto quanto alla garanzia di diritto, perchè la garanzia di fatto non è che un'estensione della garanzia, in quanto suppone che il cessionario non ha potuto ottenere il pagamento del credito, in conseguenza della insolvibilità del debitore. Ora, se il cessionario lascia perire il credito per sua colpa, trascurando le misure conservative che ogni creditore deve prendere, non può dire che la perdita del credito o delle garanzie accessorie sia dovuta all'insolvibilità del debitore, e quindi manca il fondamento dell'azione in garanzia. Questa considerazione pare decisiva. Quanto al principio dell'art. 2037, che si invoca in favore del cessionario, noi lo escludiamo affatto, perchè il cedente, tenuto alla garanzia, non è un fideiussore. Così fu giudicato, e rettamente, da una sentenza del tribunale di prima istanza d'Agen, confermata in appello. Un garante, dice il tribunale, è responsabile solamente, sia nei termini della legge, sia nei termini più estesi d'una convenzione, o della inesistenza del credito o dell'insolvibilità del debitore. Qualunque sia l'estensione che le parti danno a questa responsabilità, essa non diviene mai una fidejussione. Mai può risultarne che il garante divenga un debitore, nemmeno sussidiario, del credito venduto, come accade del fideiussore, il quale accede alle obbligazioni del debitore principale, assoggettandosi ad adempierle in vece sua. Il fideiussore è personalmente obbligato, e perciò non può essere liberato, almeno in generale, che col pagamento del debito. Il garante, al contrario, è solo tenuto a risarcire il cessionario del danno che questi risente. Ora, non si fa luogo ad indennizzo quando il danno risulta dalla colpa di colui che lo soffre, e quindi, dal momento che il cessionario non è pagato per sua colpa, non ha regresso contro il cedente (2).

La giurisprudenza s'è pronunciata in questo senso, senza preoccuparsi delle controversie della dottrina. È stato deciso che il cessionario non ha regresso contro il cedente quando ha trascurato di adempiere le formalità prescritte per

---

(1) TROPLONG, p. 476, nn. 940 e 941. DUVERGIER, t. II, p. 332, nn. 275-279. Cfr. AUBRY e RAU, t. IV, p. 444 e seg., nn. 75 e 76, § 359 *bis*.

(2) Sentenza del 3 giugno 1871 (DALLOZ, 1872, 2, 174).

la conservazione del suo privilegio (1). Il cessionario d'un credito verso un comune, divenuto debito nazionale in forza della legge del 1792, trascura di farlo liquidare nel termine legale e incorre nella decadenza. La Corte di cassazione ha giudicato che il cessionario doveva sopportare le conseguenze della propria colpa (2). Un cessionario è collocato in un giudizio di graduazione aperto sull'aggiudicatario del fondo ipotecato col credito, quando questi era in grado di pagare. In conseguenza della sua inazione, il credito diviene inesigibile, e la Corte di Limoges dichiarò, per questo motivo, inammissibile la sua azione in garanzia (3). Infine la Corte d'Agen ha giudicato che il venditore d'un credito a termine con garanzia della solvibilità attuale e futura del debitore è al sicuro da ogni regresso se il cessionario ha trascurato di reclamare il pagamento alla scadenza e se l'insolvibilità del debitore non s'è manifestata che in epoca peggiore. Invano s'invocava, a favore del cessionario, la pratica notarile, che, si diceva, considera la clausola della solvibilità attuale e futura del debitore come equivalente alla fideiussione. La pratica notarile non può trasformare una garanzia in una fideiussione, diritto questo che appartiene solo alle parti contraenti (4).

§ III. — *Prescrizione dell'azione di garanzia.*

564. La legge non dice nulla della durata della prescrizione. e quindi bisogna applicare il diritto comune, secondo il quale tutte le azioni si prescrivono in trent'anni, senza distinguere fra la garanzia di diritto e la garanzia di fatto. È vero che l'articolo 886 distingue limitando l'azione in garanzia, per l'insolvibilità del debitore d'una rendita fra eredi, a cinque anni dalla divisione; ma questa disposizione è eccezionale, e. anzichè potersi estendere alla garanzia, in materia di vendita, conferma la regola. Vi ha qualche difficoltà sul punto di sapere da qual giorno comincia a decorrere la prescrizione. Ritorneremo sull'argomento al titolo della *Prescrizione* (5).

---

(1) Cassazione, 26 febbraio 1806 (DALLOZ, v. *Privilegi*, n. 634).
(2) Rigetto, 30 maggio 1826 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 1899, 2.°).
(3) Limoges, 24 agosto 1852 DALLOZ, 1854, 2, 118).
(4) Agen, 6 dicembre 1871 (DALLOZ, 1872, 2, 174).
(5) DURANTON, t. XVI, p. 535, n. 517. AUBRY e RAU, t. IV, p. 445, nota 77, § 359 *bis*.

Art. 2. — Della vendita d'una eredità.

§ I. — *Nozioni generali.*

565. Gli articoli 1696-1698 trattano della vendita d'una eredità. La legge non dice che cosa intende per vendita d'una eredità, ma la definizione risulta dall'art. 1696, che è così concepito: « Chi vende un'eredità senza specificarne in dettaglio gli oggetti non è tenuto a garantire che la propria qualità di erede ». Il venditore deve garantire l'oggetto della vendita. Ora, se il venditore d'una eredità garantisce soltanto la sua qualità d'erede, ciò avviene perchè la vendita comprende i diritti inerenti a questa qualità, vale a dire i diritti successorii. Altro è vendere i diritti successorii, altro vendere gli oggetti ereditarii specificandoli. L'art. 1696 suppone che, in questa ipotesi, il venditore è tenuto ad un'altra garanzia. Infatti, egli sarà garante, secondo il diritto comune, degli oggetti che vende. La legge non s'occupa di questa vendita, perchè non ha nulla di speciale, non differenziandosi da una vendita ordinaria. Pothier dice che si possono anche vendere le pretese che altri vanti sopra una eredità, e che, in questo caso, il venditore non sarà tenuto ad alcuna garanzia, perchè l'oggetto del contratto è stata un'alea come accade quando si acquista ciò che cadrà nella rete d'un pescatore (1).

Vi ha dunque grande differenza fra queste tre sorta di vendita, dal punto di vista della garanzia. Come sapere se le parti hanno inteso vendere e comperare i diritti successorii o gli oggetti ereditarii, ovvero le pretese del venditore sopra una eredità? La questione si decide secondo i termini della convenzione o le circostanze della causa, poichè si tratta d'apprezzare la volontà delle parti contraenti.

566. Si insegna che ogni cessione, avente per oggetto una eredità, deve, in generale, essere considerata come una cessione di diritti successorii (2). Ma non si viene così a stabilire una specie di presunzione decidendo *a priori* che una convenzione deve essere interpretata piuttosto nell'uno che nell'altro senso? La legge suppone, è vero, che la vendita d'una eredità cada sui diritti successorii, ma una supposizione non è una presunzione. È meglio dire che si tratta sempre di una questione di volontà. Una sola cosa risulta chiaramente da una vendita che, secondo la convenzione, cade sull'eredità, ed è che un tal

---

(1) Pothier, *Della vendita*, n. 528.
(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 447, nota 1, § 359 *ter*.

all'atto della vendita, sono indeterminati. Che cosa si aliena quando si vende un'eredità? Si cede tutto ciò che è provenuto e proverrà (è la formula di Pothier) (1), e quindi non si determina nulla. Le cose ereditarie che compongono l'eredità non saranno determinate che quando il venditore ne farà la consegna al compratore. Ora, la proprietà non può esistere che sopra determinati oggetti, e quindi essa non si trasferisce al compratore che quando se ne farà la determinazione.

Veniamo alla conseguenza pratica della quistione, per ciò che concerne i crediti. Dal preteso principio che la vendita dell'eredità è un'alienazione di beni ereditarii si deduce che la cessione dell'eredità è una cessione dei crediti ereditarii, e che, pertanto, il cessionario non acquista diritti verso i terzi che colla notifica della cessione (art. 1690). La conseguenza è in opposizione col testo stesso del codice. Se la vendita trasferisce la proprietà dei crediti ereditarii, il venditore sarebbe garante dell'esistenza di questi crediti in forza dell'art. 1693. Ora, l'art. 1696 dice ch'egli non è tenuto a garantire se non la sua qualità d'erede, e quindi non è esatto ritenere che la vendita dei diritti successorii sia la vendita dei crediti ereditarii.

Quanto agli oggetti corporali, mobili od immobili, facenti parte dell'eredità, essi diventano, secondo l'opinione che combattiamo, di pien diritto proprietà del compratore, vale a dire che il compratore è proprietario in forza del contratto. Infatti, si dice, il venditore ha certamente promesso la proprietà di tutto ciò che è compreso nella successione, e la conseguenza di questa promessa è una immediata alienazione della cosa. Si invoca, in appoggio di questa decisione, l'art. 1138, ma si dimentica che questa disposizione non s'applica che al caso in cui il contratto cada sopra cose certe e determinate. Ora, l'art. 1696 stabilisce che la vendita d'una eredità non comprende gli oggetti ereditarii. Queste cose non sono specificate nella convenzione, e quindi vi ha vendita di cose indeterminate, e questa vendita non può, per sè sola, trasferire nel compratore la proprietà dei beni.

La nostra dottrina è quella di Pothier, ed egli ne fa l'applicazione. Il venditore, egli dice, contrae l'obbligazione di consegnare al compratore tutte le cose che ha, provenienti dalla successione al tempo del contratto di vendita, e quindi egli non può disporne, senza contravvenire alla sua obbligazione. Tuttavia, siccome l'erede che ha venduto i suoi diritti successorii rimane sempre proprietario delle cose dell'eredità fino a che le abbia consegnate al compratore, così, se ne dispone contro la fede della sua obbligazione, ne trasferisce la proprietà a coloro

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 529.

a vantaggio dei quali le avrà alienate, ma ne sarà debitore verso il compratore dei diritti successorii, e, quando possa consegnargliele, sarà condannato ai danni ed interessi (1). Si esclude l'autorità di Pothier pel motivo che, nell'antico diritto, la proprietà non si trasferiva che colla tradizione (2). Questo è vero, ma è vero altresì che avviene lo stesso, in diritto moderno, quando la cosa venduta è indeterminata. Noi non possiamo comprendere che il compratore acquisti la proprietà d'una cosa che non è determinata.

568. Dal principio che la vendita dei diritti successorii contiene implicitamente una vendita dei beni ereditarii, si deduce un'altra conseguenza, che, cioè, se è fatta da un erede benefiziato, questi incorre nella decadenza dal beneficio dell'inventario per aver venduto i beni dell'eredità senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge (3). Noi abbiamo insegnata l'opinione contraria, al titolo delle *Successioni*, ed è questo l'avviso generalmente seguito (v. IX, n. 405). Quanto abbiamo detto del carattere che distingue la vendita d'una eredità ci conferma nella nostra opinione. Vendere i proprii diritti successori significa trasferire nel compratore i diritti che si hanno come eredi. L'erede benefiziato non dispone dunque da padrone degli effetti dell'eredità quando vende i proprii diritti ereditarii, ma rimane tenuto alle obbligazioni che ha contratte verso i creditori e i legatarii, accettando con beneficio d'inventario. Il compratore gli vien sostituito soltanto riguando ai diritti, se ve ne sono. Perchè sarebbe egli decaduto dal suo beneficio quando nulla è cambiato nella situazione delle parti interessate? Quando il compratore procederà alla vendita dei beni ereditarii, dovrà farlo colle formalità prescritte dalla legge. Ecco una prova ben certa che questa vendita non ebbe luogo all'atto della cessione che l'erede benefiziato ha fatto dei suoi diritti successorii. Dunque la vendita dell'eredità non è la vendita dei beni ereditarii.

569. Dal principio che la vendita d'una eredità comprende una universalità segue che il compratore deve anche sopportare i pesi che gravano la successione, non però perchè vi sia tenuto personalmente, giacchè egli non è erede, e il venditore non cessa di esserlo. Ritorneremo su questo punto. Ne risulta sempre che la vendita d'una eredità è più o meno incerta rispetto ai beneficii ed alle perdite. I beni non sono determinati, e il venditore non garantisce nulla per questo titolo. Quanto ai pesi, essi sono illimitati e possono non essere conosciuti all'atto della vendita; anzi è impossibile che lo siano, perchè

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 531.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 203, n. 142 *bis* IV.
(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 204, n. 142 *bis* V. In senso contrario, DURANTON, t. XVI, p. 519, n. 528.

possono esistere dei debiti occulti. Ecco perchè s'insegna che la vendita di diritti successorii è un contratto aleatorio (1). Ma non bisogna indurne che la vendita dei diritti successorii abbia per oggetto una pura alea. Il testo dell'art. 1696 prova il contrario, assoggettando il venditore all'obbligazione di garantire la sua qualità d'erede, mentre chi vende un'alea non è tenuto ad alcuna garanzia. Abbiamo già incontrato la difficoltà trattando della rescissione per causa di lesione. La vendita che ha per oggetto un'alea esclude ogni idea di lesione. Donde la questione di sapere se la vendita di diritti successorii è rescindibile per causa di lesione oltre i sette dodicesimi. È una difficoltà di fatto, come abbiamo notato (n. 427) (2). Quand'anche la vendita fosse una vendita di diritti successorii propriamente detta, potrebbe esservi lesione e, per conseguenza, vi sarà luogo a rescissione.

La difficoltà si è presentata anche in altre circostanze. Un successibile cede ad un agente d'affari la metà di quanto potrà spettargli in una eredità devolutagli. La cessione è fatta per avere il cessionario rivelato al cedente i suoi diritti ereditarii, per le spese ch'egli avrebbe avuto sopportare in caso di scoperta d'un testamento o per ogni altra causa, e infine per le cure che avrebbe dedicato alla pratica. Gli eredi del cedente rifiutarono d'eseguire la convenzione, pretendendo che il cessionario non aveva diritto che ad una rimunerazione per le cure prestate nell'interesse dell'erede. In prima istanza, il contratto fu considerato come aleatorio e il tribunale ordinò l'esecuzione. La convenzione sarebbe stata, infatti, aleatoria se il successibile avesse ignorato i suoi diritti, se questi diritti fossero stati scoperti dall'affarista. Ne abbiamo citato un curioso esempio al titolo delle *Obbligazioni*. Ma, nella specie, non vi era nulla d'incerto nè di aleatorio, e la Corte d'appello accordò all'agente una somma di diecimila lire a titolo di rimunerazione. Sul ricorso intervenne una sentenza di rigetto. La Corte di cassazione si fonda sui fatti constatati dalla sentenza impugnata per indurne che non esisteva nè segreto nè alea, che il cedente era stato tenuto nell'ignoranza del valore probabile dell'eredità da conseguire. Di qui la Corte deduce la conseguenza che il contratto in discussione non poteva essere considerato nè come un contratto di vendita d'un segreto o di diritti successorii, nè come un contratto aleatorio. L'oggetto principale della convenzione era la liquidazione dell'eredità, e quindi si trattava di un mandato d'agenzia d'affari. Secondo la giurisprudenza ammessa in questa materia, spettava alla Corte di Parigi apprezzare l'importanza delle cure, dei passi fatti, delle fatiche sostenute,

(1) MOURLON, *Répetitions*, t. III, p. 276, n. 691.
(2) Cfr. DURANTON, t. XVI, p. 549, n. 527, AUBRY e RAU, t. IV, p. 450, nota 12, § 359 *ter*.

e ridurre, conseguentemente, l'ammontare della rimunerazione (1).

570. L'art. 1696 dice che il venditore d'una eredità è tenuto a garantire la sua qualità d'erede. Se ne deve conchiudere che la vendita ha per oggetto il titolo e la qualità d'erede? In un certo senso, sì, poichè il compratore prende il posto dell'erede, di cui esercita tutti i diritti, ed è tenuto ad indennizzarlo dei debiti e dei pesi dell'eredità. Ma, nel rigore del linguaggio giuridico, non si può dire che il successibile venda il suo titolo e la sua qualità d'erede. Lo osserva Pothier, ed è cosa evidente. Questo titolo e questa qualità sono inerenti alla persona dell'erede, e non possono esserne separati; donde segue che non possono essere venduti, perchè le parti non possono volere l'impossibile. Ora, è impossibile al venditore trasmettere al compratore una cosa che, per sua natura, non può sussistere in un'altra persona che non sia la sua. Di qui una conseguenza importantissima. L'erede che vende i suoi diritti successorii rimane erede. Accettando l'eredità, egli si è obbligato a sopportarne i debiti e i pesi, e vi resta obbligato a riguardo dei creditorii e dei legatarii (2). Vi ha un'altra ragione, egualmente decisiva, perchè l'erede sia tenuto alle sue obbligazioni. Si cedono i proprii diritti, ma non si cedono le obbligazioni (n. 529).

571. L'erede che vende l'eredità rimane erede, ma solo a riguardo dei creditori e dei legatarii. Fra le parti contraenti egli è considerato come se non sia più erede, anzi come se non lo fosse mai stato. È il compratore che si reputa erede. Diciamo reputarsi che il venditore non sia mai stato erede. Egli non cessa di esserlo soltanto a partire della cessione, perchè non si è eredi per un certo tempo. *Semel haeres, semper haeres*: o sempre eredi, o non mai eredi. Ecco dunque la situazione un po' singolare del venditore. A riguardo del compratore, si ritiene che non sia mai stato erede, mentre a riguardo dei terzi è stato erede, e non cessa di esserlo, almeno quanto alle obbligazioni che ha contratte.

Ne risulta una conseguenza importantissima riguardo ai diritti ed alle obbligazioni che si sono estinti per confusione. L'erede era debitore del defunto. Accettando puramente e semplicemente, egli diviene, almeno per la sua parte ereditaria, creditore del debito di cui è anche debitore. Queste due qualità in una sola e medesima persona si elidono, e quindi il debito dell'erede s'estingue per confusione. Se l'erede vende l'eredità, il debito riprenderà vita? Sì, perchè si reputa che egli non sia mai stato erede a riguardo del compratore, e quindi resta debitore, e deve rispondere al compratore dell'ammontare del debito, che fa parte dei beni

---

(1) Rigetto, 18 aprile 1855, e 7 febbraio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 205).
(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 529. DUVERGIER, t. II, p. 396, n. 316.

ereditarii di cui il compratore approfitta. Per contrario, se l'erede fosse creditore del defunto, il suo credito, estinto per confusione, rivive quando vende l'eredità, e può reclamarlo contro il compratore. Perchè la successione non estingue definitivamente il debito o il credito? Perchè la confusione non è altro che l'impossibilità di agire. Ora, colla vendita dell'eredità, questa impossibilità cessa, e quindi la confusione non ha più ragion d'essere (1).

Se ne potrebbe conchiudere che il credito o il debito rivive con tutti i suoi accessorii, come la fideiussione o l'ipoteca, di modo che il fideiussore resterebbe tenuto al debito, e le ipoteche sussisterebbero. Generalmente è ammessa l'opinione contraria. Si considera come se la confusione abbia prodotto diritti a vantaggio dei terzi, diritti che l'erede non può annullare alienando l'eredità. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo delle *Obbligazioni*, relativamente alla confusione. È questo un modo tutto speciale di estinguere le obbligazioni. Il debito non è estinto come lo sarebbe col pagamento o la compensazione, e quindi non si può argomentare, come si fa, dagli articoli 1263 e 1299 (2). Nel caso previsto da questi articoli, il debitore rinuncia al beneficio delle offerte reali o della compensazione, e naturalmente non può rinunciare ai diritti degli altri. Vi ha un fatto definitivo; la liberazione è compiuta. Invece la confusione non estingue definitivamente il debito, essa impedisce soltanto di chiederne il pagamento. Questo impedimento può cessare, e, colla causa, cessano anche gli effetti (v. XVIII, n. 507).

La confusione ha effetto anche riguardo ai diritti reali che l'erede ha sopra un immobile. Egli non può più esercitarli, nessuno potendo avere un diritto reale sulla cosa di cui ha la proprietà assoluta. Se vende l'eredità, questi diritti rivivono. Sarebbe lo stesso se il defunto avesse un diritto reale sul fondo dell'erede. Questi non può essere tenuto ad un diritto reale sulla sua propria cosa: il diritto s'estingue, ma rivivrà a vantaggio del compratore. È il parere di Pothier e di tutti gli autori (3), e si spiega colla natura della confusione, la quale non è che un impedimento temporaneo all'esercizio del diritto reale. Cessando l'impedimento, cessa la confusione coi suoi effetti.

572. Per completare queste nozioni generali, ricorderemo che, se il venditore di diritti ereditarii ha dei coeredi, questi possono esercitare il retratto successorio (articolo 841). Ciò suppone che la vendita abbia per oggetto *il diritto alla successione*, ossia diritti successorii. Se la vendita cade sopra una cosa ereditaria, non vi ha luogo al retratto. Abbiamo esposti, al titolo delle *Successioni*, i principii che reggono questa materia.

---

(1) Duvergier, t. II, p. 406, nn. 331-333.
(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 448, nota 7, § 359 *ter*.
(3) Pothier, *Della vendita*, n. 537.

§ II. — *Delle obbligazioni del venditore.*

573. Il venditore d'una eredità, come ogni altro venditore, ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e quella di garantire la cosa che vende (art. 1603). Per determinare la portata di queste obbligazioni, bisogna vedere innanzi tutto che cosa comprenda la vendita d'una eredità. Pothier risponde che, vendendo una eredità, si vende tutto ciò che ne è provenuto e ne proverrà, e quindi tutto il lucro che il venditore ritrae dall'eredità e tutto ciò che potrà ricavarne (1). L'art. 1697 consacra alcune conseguenze che derivano da questo principio. Supponiamo che il venditore abbia percetti i frutti di un fondo. La legge decide ch'egli deve rimborsarli al compratore, a meno che non li abbia espressamente riservati nella vendita. La parola *rimborsare* implica che i frutti siano stati consumati, nel qual caso l'erede ne restituisce il valore. Se i frutti esistono ancora, li consegna col fondo al compratore. Quello che la legge dice dei frutti d'un fondo si applica agl'interessi dei capitali ed alle annualità delle rendite. Infatti i frutti, naturali o civili, appartengono al proprietario (art. 547). Ora, il compratore è ritenuto proprietario a partire dall'apertura dell'eredità, perchè è l'eredità ch'egli acquista, e quindi egli prende il posto dell'erede a partire dall'apertura dell'eredità, e conseguentemente da quel momento ha diritto a tutti i frutti.

L'art. 1697 prevede anche il caso in cui l'erede abbia ricevuto l'importare di qualche credito appartenente alla eredità. Anche in questo caso egli è tenuto a rimborsare all'acquirente ciò che ha riscosso, perchè l'acquirente ha diritto a tutto ciò che è compreso nell'eredità, e siccome è il credito del compratore ch'egli ha riscosso, deve naturalmente rimborsarlo, quando non lo abbia espressamente riservato. Occorre una riserva espressa in questi varii casi, poichè, di diritto, i lucri appartengono al compratore, proprietario dell'eredità, dall'apertura dell'eredità stessa: gli è quindi soltanto per eccezione che il venditore può conservare un lucro qualunque prodotto dall'eredità, e questa eccezione deve essere stipulata.

L'art. 1696 prevede ancora il caso in cui l'erede abbia venduto alcuni effetti della eredità, e decide che è tenuto a rimborsarli al compratore. L'espressione *rimborsare* è impropria. Non si rimborsano effetti venduti, si rimborsa il prezzo della vendita o il valore delle cose vendute. Resta a sapere che cosa

(1) Pothier, *Della vendita*, n. 529.

il venditore deve rimborsare. Il prezzo o il valore? Bisogna applicare il principio che il venditore risponde verso il compratore di tutto ciò che è *provenuto* dall'eredità, del *lucro* che ne ritrae. Ora, egli ha approfittato del prezzo, non ha ritratto il valore della cosa, supposto che questo sia superiore o inferiore al prezzo, e quindi deve rimborsare il prezzo. È questa la dottrina tradizionale (1).

574. Si vede dall'esempio della vendita che il compratore deve contentarsi del rimborso di ciò di cui il venditore ha approfittato, senza che possa censurare ciò che l'erede ha fatto. S'egli ha venduto con perdita, il compratore non può reclamare il valore invece del prezzo. La ragione si è che al momento della vendita l'erede era proprietario: egli aveva dunque il diritto d'agire come tale; nessuna colpa gli si può rimproverare, perchè il proprietario non deve render conto a nessuno di quello che fa. È vero che, col fatto della vendita, il compratore è considerato come proprietario dell'eredità a partire dall'apertura della medesima, ma, nell'intenzione delle parti contraenti, gli atti compiuti dall'erede sono mantenuti, anzi non potrebbero risolversi, poichè risulta da essi un diritto pei terzi. Di qui la conseguenza che l'erede deve rendere conto al compratore soltanto del lucro che ha ricavato dagli atti da lui compiuti.

Si applica lo stesso principio al caso, in cui, per sua colpa, l'erede avesse distrutto o guastato una cosa ereditaria. Egli non è responsabile. Pothier ne dà una ragione decisiva. L'erede agisce come proprietario, e non avendo alcuna obbligazione verso chicchessia, è impossibile che sia in colpa. Tuttavia uno scrittore moderno, che ama appoggiarsi sulla tradizione, dice che l'erede sarebbe responsabile della colpa grave o del dolo. Duvergier ha ragione di osservare che questa distinzione non ha senso. Può esservi dolo quando non vi ha nè debitore nè creditore? L'istesso Troplong comincia ad insegnare che l'erede non risponde della sua colpa, perchè l'erede era proprietario, e non si potrebbe commettere una colpa contro sè stessi. Poscia invoca l'autorità d'Ulpiano per decidere che l'erede dovrebbe rispondere se la colpa si spingesse fino al dolo. Ma si può forse commettere un dolo contro sè stessi? (2).

575. Pothier dice che il venditore deve render conto al compratore anche di tutto ciò che sia per prevenire dall'eredità, vale a dire del lucro che potrà ritrarne. Non si deve distinguere se il beneficio è stato previsto all'atto del contratto, o se è eventuale, purchè dipenda della successione dell'eredità. Nulla è determinato nella vendita dell'eredità, e quindi non vi ha alcun lucro

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 534.

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 534. DUVERGIER, t. II, p. 403, n. 326. Cfr. TROPLONG, p. 495, nn. 965 e 966.

che sia determinato e certo. È stato giudicato, conseguentemente, che il compratore d'una eredità ha diritto anche alle cose più eventuali che la compongono, senza che si debba esaminare se le parti abbiano inteso o meno di comprenderle nella vendita (1). Accade dell'attivo creditario come del passivo. L'acquirente dovrebbe indennizzare il venditore dei debiti di cui non si sospettava l'esistenza all'atto della vendita, e, per contrario, egli ha diritto ai beni eventuali. La vendita di un'eredità ha sempre qualche cosa d'incerto.

Devesi applicare questo principio al diritto d'accrescimento? Il venditore ha un coerede che rinuncia dopo la vendita. La parte del rinunciante si accresce al suo coerede (art. 786). Codesto accrescimento è uno di quei lucri eventuali provenienti dall'eredità di cui il venditore deve render conto al compratore? Era questa una volta una questione celebre e molto controversa, ed è tale anche oggidì fra gli scrittori, sebbene la pratica sembri ignorarla. Pothier cita, per il compratore, Berthole e Duaren, per il venditore, Cujacio e Fachin. Ve n'erano molti altri i quali s'erano schierati pro e contro (2). Come mai Pothier, col suo ammirabile buon senso, non ha veduto essere questa una questione di fatto più che di diritto, poichè si tratta d'interpretare l'estensione d'un contratto? E se si presentasse davanti ai tribunali, i giudici, crediamo, non sarebbero imbarazzati a risolverla secondo l'intenzione delle parti contraenti. In ogni caso, noi non abbiamo la pretesa di decidere *a priori* che cosa le parti vogliano. Tale è anche l'opinione della maggior parte degli autori moderni, i quali però, dopo aver posto il principio che è una questione d'intenzione e d'interpretazione di contratto, si mettono a presumere e si pronunciano, in forza di queste presunzioni a pro del venditore (3). Lasciamo al giudice la cura d'interrogare le convenzioni delle parti che noi ignoriamo e le circostanze della causa che pure non ci son note.

576. Il venditore di un'eredità è tenuto alla garanzia, come ogni altro venditore. Ma che cosa deve egli garantire? Egli non è obbligato a garantire che la sua qualità d'erede (art. 1696). Infatti, egli vende i suoi diritti successorii, vale a dire i suoi diritti inerenti alla qualità d'erede. Se non è erede, non ha alcun diritto sull'eredità, e, per conseguenza, venderebbe ciò che spetta all'erede. Egli venderebbe ciò che non gli appartiene, e quindi deve essere tenuto a garantire che è erede. Ne consegue che l'erede apparente non ha alcuna veste per vendere

---

(1) Bruxelles, 26 luglio 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 350).

(2) POTHIER, *Della vendita*, n. 545. Vedi le citazioni in DUVERGIER, t. II, p. 410, nota.

(3) DURANTON, t. XVI, p. 547, n. 524. TROPLONG, p. 496, n. 972. MARCADÉ, t. VI, p. 344, n. III dell'art. 1698. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 209, n. 144 *bis* VII.

l'eredità, e che, se la vende, è tenuto alla garanzia verso il compratore. È noto che la giurisprudenza francese gli permette di vendere le cose ereditarie. Così egli può vendere dei beni sui quali non ha alcun diritto! Noi abbiamo discusso la questione altrove. La Corte di cassazione, pur mantenendo la sua dottrina sulla validità delle alienazioni consentite dall'erede apparente, ha giudicato ch'egli non ha diritto di vendere l'eredità, una tale vendita supponendo necessariamente la realtà del titolo d'erede in testa al venditore, il quale è obbligato di garantirlo (1). Ma anche la vendita d'un bene ereditario non suppone necessariamente la qualità di proprietario in colui che vende?

577. Che cosa deve il venditore in forza della garanzia che la legge gli impone? Bisogna applicare alla vendita dell'eredità il principio generale dell'art. 1630, poichè la legge non vi deroga (2). Rimandiamo a quanto si è detto più sopra.

578. Le parti possono stipulare che il venditore non sarà soggetto ad alcuna garanzia (art. 1629). Quando il venditore vende soltanto le sue pretese all'eredità, la vendita è essenzialmente aleatoria, e quindi il venditore non garantisce nulla (n. 565). Non bisogna confondere le due ipotesi. La stipulazione escludente la garanzia ha soltanto per effetto di dispensare il venditore dal pagare i danni ed interessi. Egli resta tenuto alla restituzione del prezzo se non è erede e se, per conseguenza, il compratore viene evitto dal vero erede, mentre il venditore non deve restituire il prezzo se ha venduto le sue pretese. Egli ha venduto, in questo caso, un'alea, e l'alea si è ritorta contro il compratore, ma poteva tornare anche in suo favore (3).

§ III. — *Delle obbligazioni del compratore.*

579. « Il compratore deve rimborsare al venditore ciò che questi ha pagato pei debiti e pesi dell'eredità, ed accreditargli quanto gli spettasse sulla medesima, qualora non esista stipulazione in contrario » (art. 1698). La legge suppone che i creditori dell'eredità abbiano escusso il venditore, e che questi abbia dovuto pagare i debiti e pesi. Tale è, infatti, la sua obbligazione. La vendita ch'egli fa dei suoi diritti successorii importa, da parte sua, accettazione dell'eredità (art. 780), e

---

(1) Cassazione, 26 agosto 1833 (DALLOZ, v. *Succession*, n. 553). Cfr. DUVERGIER, t. II, p. 375, nn. 303-305.
(2) DUVERGIER, t. II, p. 388, n. 313.
(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 205, n. 143 *bis* II.

questa accettazione è pura e semplice, a meno che, avendo accettato con beneficio d'inventario, non venda i suoi diritti d'erede benefiziato (n. 568). In qualunque modo accetti, egli è erede, e non può cessare di esserlo quanto alle obbligazioni che ha contratte verso i creditori e legatarii. Questi hanno dunque il diritto di escuterlo, ma il compratore prendendo il posto dell'erede quanto ai suoi diritti, deve essere tenuto anche ai pesi dell'eredità, perchè egli acquista una universalità che comprende un passivo e un attivo, e quindi deve indennizzare il venditore rimborsandogli quanto questi ha pagato a titolo d'erede.

I creditori potrebbero agire direttamente contro il compratore? No, perchè il compratore non si è obbligato in loro confronto e quindi egli non è loro debitore. Essi possono agire contro di lui soltanto in forza dell'art. 1166, esercitando i diritti del venditore, loro debitore; ma una tale azione è meno vantaggiosa dell'azione diretta che spetta ai creditori contro l'erede. Questa profitta loro per la totalità, mentre devono dividere con tutti i creditori i beneficii dell'azione che intentano in forza dell'art. 1166 (1).

580. L'art. 1698 dice che il compratore deve rimborsare al venditore quanto questi ha pagato pei *debiti e pesi* dell'eredità. Che cosa s'intende per debiti e pesi? Rimandiamo a quanto si è detto al titolo che è la sede della materia. La legge soggiunge che il compratore deve accreditare al venditore quanto gli spetta sulla eredità. Abbiamo già detto che tanto i crediti quanto i debiti estinti per confusione rivivono quando l'erede vende l'eredità (n. 571).

L'obbligazione di sostenere i debiti e i pesi dell'eredità è onerosissima, poichè l'erede, e per conseguenza il compratore, vi è tenuto indefinitamente, e quindi si comprende che il compratore procuri di mettersi al coperto dai rischi d'una obbligazione illimitata che potrebbe rovinarlo. La legge prevede che le parti facciano stipulazioni contrarie. Esse possono convenire che il compratore non dovrà sopportare i debiti e i pesi che per una data somma, o fino a concorrenza del proprio lucro, ovvero per una determinata quota, e possono anche infine sciogliere il compratore da ogni contribuzione ai debiti. Queste varie clausole non riguardano se non interessi pecuniarii, che le parti sono sempre libere di regolare come meglio credono. Fa meraviglia vedere queste quistioni di fatto portate davanti la Corte suprema. Naturalmente essa pronuncia di regola delle sentenze di rigetto, fondandosi sul testo dell'art. 1698 che autorizza le stipulazioni contrarie delle parti contraenti (2).

---

(1) DURANTON, t. XVI, p. 518, n. 525, e tutti gli autori. Bruxelles, 7 agosto 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 328).

(2) Rigetto, sezione civile, 14 febbraio 1854 (DALLOZ, 1854, 1, 53), e 23 aprile 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 228).

Art. 3. — Della cessione di diritti litigiosi (1).

§ I. — *Quando vi ha luogo al retratto.*

581. « Quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso può farsi liberare dal cessionario rimborsandogli il prezzo reale della cessione » (art. 1699). *Può farsi liberare.* L'espressione è assai strana. Il diritto del debitore ceduto ha un nome consacrato dalla tradizione, e non si vede perchè gli autori del codice non l'abbiano riprodotto. Pothier dice che è una specie di *diritto di retratto.* Il debitore, rimborsando il cessionario, subentra nel suo contratto. L'acquisto fatto dal cessionario del debito litigioso è distratto nella persona del compratore e passa in quella del debitore, che è ritenuto avere egli stesso riscattato il suo debito del creditore e aver transatto con lui per la somma portata nella cessione. In sostanza, il retratto esercitato dal debitore espropria il cessionario. Perchè la legge permette di togliergli un diritto che gli deriva dal contratto e che è sua proprietà? È una vera espropriazione, e, secondo il nostro ordinamento costituzionale, l'espropriazione non può aver luogo che per causa di pubblica utilità. Pothier risponde: « Questo retratto è molto equo. *Il bene della pace* esige che il debitore il quale, assumendosi il contratto, estingue la lite, cui doveva dar luogo il debito litigioso, sia preferito per questo contratto ad un *odioso compratore di liti* ». La parola *odioso* è eccessiva, si è detto. Il compratore è uno speculatore, un uomo che cerca di approfittare di un'alea che crede buona. Chiamarlo odioso, quando non si dà tale appellativo a un altro qualsiasi contratto aleatorio, è un pregiudizio. Noi crediamo appunto che vi sia un pregiudizio di carità cristiana nel diritto di retratto, ma bisogna accettarlo e interpretarlo nel senso secondo il quale venne ammesso. Ora, gli autori del codice s'esprimono presso a poco come Pothier (2). Portalis ricorda che il diritto di retratto è stato introdotto dalle leggi degli imperatori e che la giurisprudenza francese aveva adottato, su questo punto, il diritto romano. « Abbiamo creduto, egli dice, di dover conservare una facoltà che la ragione e l'umanità giu-

---

(1) Desjardins, *Del retratto dei diritti litigiosi* (*Revue pratique*, t. XXV, XXIX e XXX).

(2) Pothier, *Della vendita*, n. 597. Colmet de Santerre, t. VII, p. 211, n. 146 *bis* I. Portalis, *Esposizione dei motivi*, n. 48 (Locré, t. VII, p. 86). Cfr. la discussione del Consiglio di Stato, seduta del 9 nevoso anno XII (Locré, t. VII, p. 41, n. 7). Tronchet confessa che la ragione del retratto è l'avversione che pesa sui cessionarii di diritti litigiosi. Bigot-Préameneu ripete la parola *odioso*.

stificano. L'umanità parla in favore del debitore, contro quegli uomini avidi del bene altrui che acquistano delle liti per vessare il terzo o per arricchirsi a sue spese ». Si può rispondere che gli uomini agiscono molto più per interesse che per passione, e che se il creditore vende a basso prezzo un diritto litigioso, è perchè vi ha un'alea di perdita che il cessionario consente a correre. Il solo motivo che si possa dare per giustificare il retratto è ch'esso mette fine ad una lite. È questo certamente un gran bene, ma non si deve acquistare questo bene violando un diritto. Invano si dice che il retratto soddisfa tutti gl'interessi e che, specialmente, il cessionario non ha diritto di lagnarsi, poichè, nella peggiore ipotesi, egli ricupera ciò che ha dato (1). Ciò non è esatto. Io ho diritto di lagnarmi quando mi si priva della mia proprietà, fosse pure soltanto di un'alea di beneficio, perchè anche lo speculare è un diritto.

582. Per farsi luogo al diritto di retratto occorre una prima condizione, cioè che il diritto litigioso sia stato *ceduto*. Per cessione la legge intende una vendita (art. 1692). Il testo dell'art. 1698 lo dice implicitamente, poichè esige che il debitore il quale vuole usare di questa facoltà rimborsi al cessionario il *prezzo* della cessione. Si dovrà estendere ad ogni contratto oneroso, per esempio alla permuta, quello che la legge dice della vendita? Così si insegna, perchè vi ha lo stesso motivo del decidere (2). Ma basta l'analogia per estendere una disposizione così esorbitante come quella dell'art. 1699? Non siamo più nei termini del codice, e dal momento che non si è nel testo, si rientra nel diritto comune.

583. È certo che la legge non si applica alla donazione. Il testo non è più applicablle, poichè la condizione sotto la quale il debitore può esercitare il retratto non può essere adempita, e lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Non si può dire dei donatarii che la liberalità ch'essi ricevono è una speculazione odiosa, perchè essi non speculano (3). Tutti gli scrittori sono di questo avviso, ma, d'accordo sul principio, si dividono quando si tratta d'applicarlo ad una donazione fatta con peso, e ciò perchè vi ha dissenso sul carattere stesso delle donazioni cosidette onerose. Noi abbiamo insegnato, al titolo delle *Donazioni*, che esse sono vere liberalità quando l'importare della donazione eccede il valore dei pesi. Bisogna applicare questo principio alla specie. Dal momento che vi ha liberalità, l'art. 1699 non ha più ragion d'essere. Non si può nemmeno supporre che

---

(1) BIGOT-PRÉAMENEU al Consiglio di Stato. DUVERGIER riproduce l'osservazione (t. II, p. 441, n. 356).

(2) DUVERGIER, t. II, p. 477, n. 387. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 213, n. 146 *bis* VII.

(3) DURANTON, t. XVI, p. 558, n. 537, e tutti gli autori (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2018).

assoggettandosi a dei pesi il donatario abbia fatto un contratto odioso, perchè non è lui che prende l'iniziativa del contratto; egli non specula, ma è gratificato. Questa osservazione ci pare decisiva (1).

La giurisprudenza è in questo senso. Una donna quasi ottuagenaria fa una cessione di diritti litigiosi ai suoi figli mediante una rendita vitalizia. Il debitore pretende di esercitare il diritto di retratto. La sua pretesa è stata respinta. « Il retratto autorizzato dalla legge, dice la Corte di Caen, ha per iscopo principale, non solo d'estinguere le liti, ma ancora di metter fine all'avidità di coloro che approfittano dell'ignoranza e della debolezza di certe persone per far loro vendere diritti imbarazzanti e litigiosi. Si contrarierebbe stranamente questo scopo morale e onesto applicando il retratto ad atti di beneficenza e di generosità. Chi lo esercita può benissimo sostituirsi all'acquirente gratificato per l'adempimento dei pesi che questi ha contratti, ma non può sostituirsi a lui nell'affetto del benefattore. Nel fatto particolare della causa non si può vedere che una vera anticipazione d'eredità, con riserva d'una pensione, ed una simile cessione, anzichè avere il carattere degli atti che formano l'oggetto dell'art. 1699, merita tutto il favore della giustizia ». Sul ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. La Corte di cassazione dice che la decisione impugnata ha fatto un giusto apprezzamento della cessione consentita da una madre a vantaggio dei suoi figli, chiamandola anticipazione d'eredità, vero rilascio di beni permesso ai genitori, e non potendo essere, per conseguenza, assimilata ad una pattuizione sovra diritti litigiosi (2).

584. L'art. 1699 suppone che sia stato ceduto un *diritto* litigioso. Che cosa si deve intendere colla parola *diritto?* S'intende ogni diritto, mobiliare e immobiliare, o non trattasi che dei diritti di credito? È stato giudicato che il diritto di retratto si applica soltanto alla cessione di diritti di credito, e non ad un'azione che tenda a ricuperare un immobile (3). Quello che sembra aver determinato la Corte di Bruxelles a dare questo significato ristretto alla voce *diritto* nell'art. 1699 è ch'esso si trova posto sotto la rubrica del capitolo che tratta specialmente dei diritti di credito. L'argomento è molto debole, perchè la classificazione non è una legge. Dal fatto che l'art. 1690, il quale prescrive una specie di pubblicità per la cessione di diritti di

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 451, nota 14, § 359 *quater*, e in senso diverso gli autori ch'essi citano. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 312, n. 146 *bis* V.

(2) Rigetto, 15 marzo 1826 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2021). Nello stesso senso, rigetto, sezione civile, 24 dicembre 1855 (DALLOZ, 1856, 1, 13).

(3) Bruxelles, 31 dicembre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 523). Cfr. Bruxelles, 24 febbraio 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 50).

credito, non è applicabile alla cessione di diritti reali, non si può conchiudere che l'art. 1699 debba essere limitato ai diritti mobiliari, perchè non vi ha alcun rapporto fra le due disposizioni. Esse hanno un'origine diversa ed un oggetto diverso. L'istesso testo è differente. L'art. 1690 è un seguito dell'art. 1689, il quale parla della cessione d'un *credito*, d'un *diritto* o di una *azione verso un terzo*, e quindi d'un diritto contro una persona, mentre l'art. 1699 parla in termini generali d'un diritto, e quindi di ogni diritto.

Quanto allo spirito della legge è anch'esso generale come il testo. Vi ha minore cupidigia odiosa nel comperare una lite immobiliare anzichè una lite mobiliare? Da ultimo si può anche invocare, in favore di questa interpretazione, l'eccezione che l'art. 1701, n. 3, apporta alla regola dell'art. 1699. Vi si parla d'un *fondo* soggetto al diritto litigioso, e quindi d'un diritto reale. Ora, l'eccezione cade sulla regola e implica, per conseguenza, che la regola comprende i diritti immobiliari (1).

585. Il diritto di retratto si applica anche alla vendita d'un immobile la cui proprietà è controversa? A primo aspetto si è tentati di dire che questo caso non rientra nella lettera della legge. Essa parla d'un *diritto* litigioso, e non d'una cosa la cui proprietà è controversa. Ma, a nostro avviso, il testo è applicabile. Che cosa intende la legge per diritto litigioso? Non bisogna isolare la parola *diritto*. Non è la cessione d'un diritto considerato astrattamente che la legge riprova: essa considera come odioso il contratto che ha per oggetto un diritto litigioso, vale a dire una lite, come spiega l'art. 1700. Tale è certamente lo spirito della legge. Essa vuol metter fine al litigio, e, per questo motivo, permette d'espropriare colui che ha comperato la lite. Che importa che la vendita abbia per oggetto l'immobile la cui proprietà è in controversia o il diritto che il venditore pretende di avere sull'immobile? È quasi una questione di sole parole, perchè chi vende un immobile, la cui proprietà gli è contestata, vende realmente il diritto che pretende di possedere, anzichè la cosa, e quindi vende un diritto litigioso.

Però la giurisprudenza della Corte di cassazione è contraria, e bisogna tenerne conto, perchè, checchè se ne dica, essa vi persiste. Non basta affermare, come fa Marcadé, che la decisione della Corte suprema è un errore, bisogna provarlo e, anzitutto, esaminarlo. La sentenza del 1818 stabilisce che la surrogazione alle cessioni di diritti litigiosi non ha per oggetto che i crediti ed altri diritti incorporali; ch'essa è, per conseguenza, inapplicabile agli immobili i quali, essendo corpi certi e determinati, non sono compresi nelle disposizioni dell'art. 1690 (2). Ecco un argo-

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 455, § 359 *quater*.

(2) Cassazione, 24 novembre 1818 (DALLOZ, v. *Communes*, n. 1985, 3.°). Cfr. TROPLONG, p. 512, n. 1001. MARCADÉ, t. VI, p. 353, n. II dell'art. 1701.

mento letterale, e una simile argomentazione merita sempre di essere riflessa, perchè si tratta della volontà del legislatore. Troplong, altrettanto severo come Marcadé, dice che questa sentenza è un esempio delle aberrazioni troppo frequenti della giurisprudenza. Anche noi crediamo che la Corte si sia ingannata, ma la cosa non è così evidente come si sostiene. In una materia tradizionale, la tradizione ha grande autorità, e quindi bisogna consultarla. Lamoignon dice nei suoi decreti che « il cessionario dei *fondi* e altri diritti litigiosi mobiliari e immobiliari, di qualunque natura siano, può essere costretto da colui riguardo al quale s'è fatta la cessione a surrogarlo nei suoi diritti ». Si legge in Ferrière, sull'art. 108 della consuetudine di Parigi : « Le cessioni delle azioni e delle *cose* litigiose sono permesse in Francia, ma conformemente alle leggi romane ». Rousseaud de Lacombe osserva che queste leggi sono applicabili, tanto se la cessione concerna *diritti* litigiosi, quanto *mobili* od immobili (1). La tradizione pare decisiva, ma non è unanime come si crede, perchè la Corte di Bruxelles la invoca in favore dell'opinione contraria. Tuttavia ci pare che il passo di Ferrière decida la questione. Esso parla della cessione delle *azioni* e delle *cose* litigiose. Ora, anche l'art. 1699 parla di *diritti litigiosi,* e l'art. 1700 dispone: « La cosa è litigiosa, ecc. ». Le parole *cose* e *diritti* sono dunque usate come sinonimi. Ciò risponde alle difficoltà di testo.

Vi ha una sentenza posteriore che si cita a sostegno dell'opinione contraria, la quale è professata dalla maggior parte degli autori. Esaminandola da presso si vede che la Corte mantiene la sua prima dottrina. Nella specie, trattavasi della cessione del diritto di proprietà che il cedente pretendeva avere sopra una landa ed una marcita. Questi diritti formavano l'oggetto d'una domanda giudiziale introdotta dal preteso proprietario. Il ricorso sosteneva che la cosa ceduta era un immobile e che, per questo motivo, la cessione non era soggetta al retratto. Esso invocava dunque la giurisprudenza del 1818. Che cosa risponde la Corte? Che il caso attuale è tutto diverso. « Si cede realmente un diritto ligioso, essa dice, cedendo, non un immobile *che si possiede e che si può consegnare,* ma soltanto diritti quali che siano su questo immobile e pretese che possono eventualmente rappresentare nessun valore pel cessionario » (2). La distinzione sarebbe dunque questa. Io cedo un immobile che posseggo, ma sulla proprietà del quale pende una lite. La cessione non sarà soggetta a retratto. Io cedo il diritto di proprietà che pretendo di avere sopra un immobile che non posseggo. La cessione sarà soggetta a retratto. Questa distinzione non ci pare molto solida. Che im-

(1) Vedi le citazioni DUVERGIER, t. II, p. 469, nota.

(2) Rigetto, 22 luglio 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 265). Cfr. rigetto, 28 gennaio 1836 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2041, 2.°).

porta se, essendo possessore dell'immobile litigioso, possa consegnarlo al compratore? Non gli consegno in ogni caso che una pretesa, e se vien giudicato che io non sono proprietario dell'immobile, la mia pretesa, quantunque appoggiata sul possesso, non rappresenterà nulla pel cessionario. Si può dunque applicare letteralmente alla vendita d'un immobile litigioso quello che la Corte di cassazione dice della cessione d'un diritto litigioso sopra un immobile. Le due ipotesi essendo identiche, il diritto di retratto deve essere accordato in entrambe. La ragione è semplicissima, ed è che, in entrambi i casi, vi ha vendita d'una lite (1).

586. L'art. 1699 non accorda il diritto di retratto se non quando venga ceduto un diritto litigioso. Quando un diritto è litigioso? L'art. 1700 risponde: « La cosa si ritiene litigiosa quando vi sia lite e contestazione sul merito della medesima ». Si richiedono dunque due condizioni perchè il diritto sia litigioso, nel senso dell'art. 1699. Occorre anzitutto che vi sia lite e occorre, in secondo luogo, che, in questa lite, sia contestato il merito del diritto. Se manca una di queste condizioni, il diritto non sarà litigioso. Può esservi lite senza che sia contestato il merito del diritto, come vedremo tosto, e in questo caso non si farà luogo al retratto. Ed anche quando la cessione dichiarasse che il diritto è contestato e l'atto lo chiamasse litigioso, non vi sarebbe luogo al retratto se, al momento della cessione, la causa non era iniziata (2).

La definizione dell'art. 1700 è dunque restrittiva, nel senso che il diritto non è litigioso se non sotto le condizioni che risultano dal testo della legge. È vero che i termini non sono restrittivi; l'articolo non dice che il diritto non è litigioso se non quando vi sia lite e contestazione sul merito, ma il carattere restrittivo della definizione risulta dallo scopo che il legislatore ha avuto di mira. Nell'antico diritto, non vi era una definizione legale del diritto litigioso, e ne risultavano incertezze e contestazioni che il legislatore ha voluto prevenire. D'altronde, come è stato egregiamente osservato, ogni definizione esclude ciò che rientra nella sua formula, ed è per questo che il legislatore si prende la pena di definire. Se il diritto fosse litigioso, all'infuori dei termini della legge, la definizione sarebbe più che inutile; essa ingannerebbe coloro che cercano nel testo ciò che la legge vuole (3). Tale è anche la giurisprudenza. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione: « Trasportando nel nostro codice la disposizione delle leggi romane che ammettevano il retratto per la cessione dei diritti litigiosi, il legislatore ha

(1) Duvergier, t. II, p. 470, n. 379. Aubry e Rau, t. IV, p. 455, nota 15, § 359 *quater*. Colmet de Santerre, t. VII, p. 211, n. 146 *bis* III.

(2) Rigetto, 24 gennaio 1827 (Dalloz, 1827, 1, 123). Cfr. cassazione, 1.° maggio 1866 (Dalloz, 1866, 1, 318). Duvergier, t. II, p. 447, n. 360.

(3) Colmet de Santerre, t. VII, p. 218, n. 147 *bis* I, e tutti gli autori.

voluto che non potesse restare alcuna incertezza su ciò che la legge intende per diritto litigioso. Tale fu lo scopo dell'art. 1700. Questa disposizione tende a far cessare le diverse interpretazioni che offriva la nostra antica giurisprudenza sulle circostanze che costituivano un diritto litigioso, e quindi bisogna considerarla come limitativa ». È in questo senso, dice la Corte, che l'art. 1700 venne sempre inteso e costantemente interpretato dalla promulgazione del codice in poi (1).

587. Occorre una lite perchè il diritto sia litigioso nel senso dell'art. 1699. È questa una deroga all'antico diritto. « Si chiamano crediti litigiosi, dice Pothier, quelli che sono contestati, *o possono esserlo,* da colui che si pretende esserne debitore, tanto se la lite sia già pronunciata, *o non lo sia ancora,* ma *possa essere iniziata* » (2). La disposizione del codice è più logica. Essa tende a metter fine alle liti, e quindi bisogna che vi sia lite. Non basta che possa essere iniziata, perchè questo timore può anche non realizzarsi. Viene notificata una citazione in conciliazione. Vi ha lite? In apparenza, sì, poichè il tentativo di conciliazione è il preliminare obbligatorio di ogni causa giudiziale, e quindi, si dirà, è il principio della causa, e, per conseguenza, vi ha lite. Si risponde, e la risposta è decisiva, che la citazione in conciliazione non può essere considerata come il primo atto della lite, poichè è un mezzo legale per prevenire il litigio. Anche quando il giudice di pace non giunga a conciliare le parti, non se ne deve indurre che vi ha lite, perchè avviene che, malgrado il rifiuto di conciliazione, la contestazione non ha seguito, il rifiuto del debitore non essendo talvolta che un mezzo dilatorio per eludere l'esecuzione delle sue obbligazioni. Ma quando la domanda è portata avanti i tribunali, la resistenza cessa, essendo inutile e anche pericolosa, per le spese che il convenuto dovrà sopportare (3).

588. Non basta che vi sia lite in un momento qualunque per farsi luogo al retratto; bisogna che il venditore ceda un diritto litigioso, che l'oggetto della vendita sia una lite. Ne consegue che la lite deve essere anteriore alla vendita. Se dunque la lite è intentata dal cessionario, il diritto non è litigioso, perchè il cessionario non ha comperato una lite. Sarebbe così anche quando il venditore avesse dichiarato di cedere un diritto litigioso e la vendita fosse stata fatta a rischio e

---

(1) Cassazione, 5 luglio 1819 (DALLOZ, v. *Vente,* n. 2048). Nello stesso senso, Cassazione, 1.° maggio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 318), e rigetto, Corte di cassazione del Belgio, 7 febbraio 1846 (*Pasicrisie,* 1846, 1, 157).

(2) POTHIER, *Della vendita,* n. 583.

(3) DUVERGIER, t. II, p. 448, nn. 361 e 362. Metz, 6 maggio 1817 (DALLOZ, v. *Vente,* n. 2051).

pericolo del compratore. Questo solo ne risulterebbe cioè, che la vendita sarebbe aleatoria, ma non si tratterebbe della vendita d'una lite (1).

Non basta che vi sia stata lite: bisogna che la causa sia ancora pendente all'atto della vendita, perchè è in questo momento che la cosa deve essere litigiosa, e quindi il diritto di retratto non può essere ammesso quando, con una sentenza definitiva, ogni controversia è scomparsa e il diritto è divenuto certo. L'unico oggetto del retratto, dice la Corte di cassazione, essendo di far cessare le liti e di estinguerle, non può più parlarsi di retratto quando il diritto non è più soggetto a litigio (2).

589. La legge aggiunge una seconda condizione perchè la cosa sia litigiosa, cioè che vi sia contestazione sul merito di essa. Quando concorrono le due condizioni, il diritto si ritiene per litigioso. La frase *si ritiene* dà talvolta luogo a controversie, perchè sembra sinonima dell'altra *si presume.* Tale non è certamente il senso dell'art. 1700. La legge vuol dire che la cosa è considerata come litigiosa, in altri termini, che è litigiosa agli occhi della legge, e che, per conseguenza, vi ha luogo al retratto.

590. Ma quando si può dire che vi sia contestazione sul merito del diritto? L'espressione è vaga, e ha dato luogo a molte difficoltà. Un primo punto è sicuro, cioè che, supponendo esservi contestazione sul merito, il giudice deve ammettere il retratto, senza che possa esaminare il merito della contestazione. Egli può trovare che il diritto sia certo, e non contestabile, ma questo non toglie che il diritto sia litigioso dal momento che è contestato. Tutto si riduce dunque ad una questione di fatto. Dal momento che vi ha lite e contestazione sul merito, il diritto è litigioso, quand'anche il giudice fosse d'avviso che la controversia non avrebbe dovuto essere portata davanti i tribunali. Non è men vero che è stata comperata una lite, e ciò è decisivo (3).

Bisogna però ammettere una restrizione a questa regola. Se il diritto è consacrato da una sentenza passata in giudicato, non sarebbe più litigioso, quando il debitore sollevasse una contestazione, perchè egli impugna un atto inoppugnabile, un atto che si presume l'espressione della verità, senza che alcuna prova sia ammessa contro questa presunzione. La restrizione risulta

---

(1) Rigetto, 24 gennaio 1827, o rigetto, sezione civile, 9 febbraio 1841 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2050, 1.° e 3.°). Cfr. rigetto, 20 marzo 1843 (DALLOZ, v. *Vente*, numero 2050, 4.°).

(2) Cassazione, 1.° giugno 1831, e su rinvio, Bordeaux, 12 aprile 1832 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2062, 2.°).

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 457 e nota 25, § 359 *quater*. COLMET DE SANTERRE t. VII, p. 218, n. 147 *bis* I.

dall'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata. Non potendo ammettersi alcuna contestazione sul merito di un diritto riconosciuto in forza d'una decisione irrevocabile, l'opposizione ad una decisione di questa natura non può avere l'effetto di rendere incerto ciò che è certo (1).

591. Fa d'uopo che vi sia contestazione sul merito del diritto. Il merito del diritto è contestato quando il convenuto nega che il diritto esiste. All'atto d'una cessione, esiste fra il creditore e il debitore una causa nella quale questi sostiene di non essere tenuto al diritto che forma oggetto della cessione. Egli non contesta l'esistenza dell'obbligazione, ma pretende che l'istesso titolo sul quale è fondata la domanda prova come egli abbia agito in nome e per conto d'un terzo. Il convenuto contestava dunque che fosse esistito un debito a suo carico, contestava quindi il merito del diritto, e, per conseguenza, la cosa era litigiosa (2).

Può darsi che il titolo originario d'un credito non sia contestato, ma che tuttavia il diritto sia litigioso. Da una sentenza che ha acquistato l'autorità della cosa giudicata, e che, a questo titolo, è incontestabile, risulta un credito; ma il debitore sostiene che il suo debito è compensato da certe indennità ch'egli ha diritto di reclamare contro il creditore. Ora, dire che un debito è compensato equivale a dire che non esiste: si contesta dunque l'esistenza attuale del debito, e quindi il litigio cade sul merito del diritto (3).

Non è necessario, perchè il diritto sia litigioso, che sia contestata l'esistenza di tutto il diritto. Se il debitore, pur riconoscendo il suo debito, ne contesta l'estensione o la quantità, nega il debito parzialmente. Il litigio cade dunque sull'esistenza del debito e, per conseguenza, il diritto è litigioso (4).

592. L'esistenza del debito non è dubbia, nè contestata, ma il debitore oppone delle eccezioni alla domanda proposta contro di lui. Ne risulta che la cosa sia litigiosa? Ecco la vera sede delle difficoltà cui dà origine la definizione dell'art. 1700. Esigendo che la contestazione cada sul merito del diritto perchè la cosa sia litigiosa, l'art. 1700 ammette implicitamente che vi sono contestazioni le quali non rendono il diritto litigioso, donde consegue che non ogni difesa ha per effetto di rendere la cosa litigiosa. Bisogna dunque fare una distinzione. Quando la difesa consiste in una eccezione perentoria, il convenuto impugna la validità del diritto, quantunque ne riconosca l'esistenza. Se riesce, sarà giudicato che non è debitore, e quindi contesta il

---

(1) Rigetto, sezione civile, 4 marzo 1823 (Dalloz, v. *Vente*, n. 2062, 1.°).
(2) Rigetto, sezione civile, 3 gennaio 1820 (Dalloz, v. *Vente*, n. 2056, 1.°).
(3) Rigetto, 29 aprile 1834 (Dalloz, v. *Vente*, n. 2056, 2.°).
(4) Parigi, 3 febbraio 1867 (Devilleneuve, 1868, 2, 16).

merito del diritto. Il convenuto oppone la prescrizione, riconoscendo con ciò che il diritto ha esistito, ma che è estinto. Se il giudice ammette l'eccezione, respinge la domanda e per sempre, senza che il creditore possa mai più rinnovarla. In questo senso, l'eccezione è perentoria, essa distrugge il diritto dell'attore, è un mezzo energico di negare il diritto come se il convenuto sostenesse che il medesimo non ha mai esistito. Che importa, infatti, che sia esistito, se non esiste più? In causa è dunque, sostanzialmente, l'esistenza attuale del diritto contestato; è quindi il merito del diritto e, per conseguenza, la cosa è litigiosa. Sarebbe lo stesso se il debitore opponesse la nullità del diritto reclamato dal creditore. Una obbligazione nulla esiste, ma se viene annullata, si considererà come non sia mai esistita. Sostenendo dunque che l'obbligazione è nulla, si pretende che non vi ha debito, si contesta il merito del diritto; il che rende il diritto litigioso.

Vi hanno altre eccezioni le quali sono estranee al merito del diritto e riguardano unicamente la procedura. Io sono citato davanti un tribunale incompetente, e domando che la causa venga rinviata davanti i giudici che soli hanno il diritto di conoscerne. La citazione che mi è stata notificata è nulla, e io ne domando la nullità. Queste eccezioni non hanno nulla di comune col diritto che si reclama giudizialmente. Io non lo contesto, quando domando la nullità della citazione o il mio rinvio davanti il giudice competente; la questione sul merito non è ancora sollevata, e non lo sarà che quando sarò validamente citato avanti il giudice competente. Dunque il diritto non è litigioso (1).

593. Tali sono i principii, e non lasciano dubbio: ma l'applicazione talvolta è malcerta, poichè avviene che la Corte di cassazione non si trovi d'accordo coi giudici del fatto. Un diritto è riconosciuto da una sentenza, ma subordinato ad ulteriori giustificazioni che lo rendono incerto. Ne risulta che la lite non è terminata e che il diritto resta litigioso. La Corte di cassazione ha giudicato così in una causa che risale al secolo scorso. Era stato stipulato un atto di divisione fra un comune ed alcuni abitanti i quali pretendevano avere il diritto di far legna nelle parti d'un bosco che giustificavano essere state acquistate da loro o dai loro autori. Fu giudicato che l'atto di divisione del 1760 poteva essere opposto al comune. Ma le sentenze che così decisero, anzichè metter termine al litigio quanto al merito, gli lasciavano tutta la sua importanza e tutta la sua incertezza. Infatti, esse subordinavano il riconoscimento definitivo delle pretese degli attori alla condizione

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 449, nn. 363-365. MARCADÉ, t. VII, p. 351, n. I dell'art. 1700.

che questi provassero la loro genealogia, la legittimità dei loro diversi titoli e l'ubicazione esatta degli appezzamenti ai quali i titoli medesimi si riferivano. Poteva dunque accadere che, venendo a mancare queste prove, gli attori soccombessero, in tutto o in parte, nei loro reclami, e quindi i loro diritti erano litigiosi (1). Sarebbe lo stesso se la giustificazione e, per conseguenza, il titolo dipendessero da una perizia (2). Ma non ogni perizia rende incerto il diritto. Si sollevano alcune difficoltà riguardo ad un credito risultante da certi lavori. Il debitore si rivolge al giudice delegato per far constatare per mezzo di pareri lo stato dei lavori. L'ordinanza del giudice rendeva il diritto litigioso? No, perchè è principio che la procedura interlocutoria non reca alcun pregiudizio al merito (cod. di proc., art. 980). Ora, nella specie, l'ordinanza del presidente rinviava le parti a provvedersi nella causa principale, e ordinava semplicemente la constatazione dello stato dei lavori. Non esisteva dunque alcun litigio sul merito del diritto (3).

594. Quando la difesa del debitore rende il diritto litigioso? Bisogna innanzi tutto che vi sia difesa. La cosa pare evidente, eppure la questione è stata portata davanti la Corte di suprema del Belgio. All'epoca della cessione vi era lite, ma il convenuto non aveva manifestato, con un atto qualsiasi, l'intenzione di resistere alla domanda, non aveva fatto valere alcun mezzo di difesa contro l'azione: non si poteva dunque dire che vi fosse contestazione sul merito del diritto, e, per conseguenza, malgrado la lite, il diritto non era litigioso (4). La Corte di cassazione di Francia ha avuto a giudicare una questione analoga. Al momento in cui la cessione fu consentita, il convenuto non aveva costituito un procuratore: ogni contestazione era dunque legalmente impossibile, e quindi non vi era luogo all'esercizio del diritto di retratto (5).

595. Non ogni denegazione del diritto reclamato costituisce una contestazione sul merito del diritto. Il consiglio d'amministrazione d'una società rifiuta d'accogliere la domanda d'una partecipazione agli utili. Citato in giudizio, il convenuto si limita ad opporre un'eccezione d'incompetenza. Il diritto essendo stato ceduto, la Corte di Lione ammise il retratto. Questa decisione venne cassata. Una denegazione contenuta nella deliberazione d'un consiglio d'amministrazione non è una contestazione sul merito del diritto, e quindi la cosa non era litigiosa, come non è reso litigioso il diritto da un'eccezione d'incompetenza. Ciò che aveva tratto in errore la Corte era che

---

(1) Rigetto, 1.° marzo 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 366).
(2) Rigetto 14 marzo 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 469).
(3) Angers, 14 luglio 1869 (DALLOZ, 1870 2, 34).
(4) Rigetto, 7 febbraio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 157).
(5) Rigetto, sezione civile, 4 febbraio 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 65).

la lite, sul merito, pareva inevitabile dopo la decisione del consiglio, ma ciò non costituiva un litigio nel senso dell'art. 1700 (1).

596. Non basta che vi sia una contestazione sul merito; fa d'uopo inoltre che il giudice del fatto constati nella sua decisione l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge per aversi diritto litigioso. La Corte di Parigi aveva ammesso il retratto, constatando semplicemente che era allora pendente una contestazione sul merito del diritto. Questa dichiarazione era insufficiente, perchè non ne risultava che la contestazione esistesse anteriormente e all'epoca della cessione, come richiedono gli articoli 1699 e 1700. La Corte suprema soggiunge che, d'altronde, la prova di questa contestazione non risultava da alcun documento della lite. In relazione a ciò, essa cassò la sentenza impugnata per falsa applicazione e, conseguentemente, per violazione della legge (2). È un giudicato rigoroso, ma legale.

§ II. — *Quando deve o può essere esercitato il retratto?*

Quali sono le obbligazioni di chi lo esercita?

597. La legge non fissa alcun termine per l'esercizio del retratto, e quindi non vi ha decadenza legale in questa materia (3). Potrà dunque il retratto essere esercitato nel termine ordinario di trent'anni? No, certo. Una sentenza della Corte di cassazione spiega in qual senso la legge non stabilisca alcun termine. Anzitutto il debitore citato non deve chiedere il retratto *in limine litis.* Per di più, egli può domandarlo anche in appello. Su quest'ultimo punto vi è stata discussione avanti la Corte. L'art. 464 del codice di procedura pone il principio che può in appello essere proposta una nuova domanda, se serve di difesa contro l'azione principale. La domanda di retratto rientra nei termini della legge? Sì, perchè se è ammessa, l'azione cade. Nella specie, l'azione principale, intentata contro un comune, tendeva al rimboschimento d'una foresta. Per eliminare questa azione e far sparire intieramente la lite, il comune domandò il retratto. Era questa appunto un'eccezione perentoria contro l'azione principale, e quindi il retratto era ammissibile (4).

---

(1) Cassazione, 1.° maggio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 318).

(2) Cassazione, 11 dicembre 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 424). Cfr. cassazione, 5 luglio 1819 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2054).

(3) Liegi, 30 luglio 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 168).

(4) Rigetto, 28 gennaio 1836 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2041, 2.°).

598. Rimane un'ultima difficoltà. Fino a qual momento potrà esercitarsi il retratto? La domanda è ammissibile fino a quando il litigio non sia definitivamente terminato. Questo principio risulta dall'oggetto medesimo del retratto. Il legislatore lo accorda al debitore per metter fine alla lite, e quindi può essere esercitato finchè la lite esiste, e non può esserlo più quando questa è terminata. Allorchè è intervenuta una decisione giudiziale insindacabile, il retratto non ha più ragion d'essere, perchè non esiste più controversia (1).

Sul principio tutti sono d'accordo. Ma Pothier vi apporta una restrizione intorno alla quale vi ha qualche dubbio. Egli suppone che il debitore domandi il retratto alla vigilia della sentenza, quando è sicuro di soccombere, e decide che, in queste circostanze, il debitore non deve essere ammesso al retrattto. La sola ragione ch'egli adduce è che le cose non sono più integre, avendo il cessionario elevati tutti i dubbii sulla legittimità del credito. Di fatto, il credito può essere certo, ma in diritto rimane incerto finchè la lite sia decisa da una sentenza passata in giudicato. Ora, l'incertezza del diritto è decisiva. La restrizione di Pothier è, in realtà, un'eccezione introdotta da una considerazione d'equità; ma l'interprete non ha un tale diritto. Tuttavia l'opinione di Pothier è ammessa dagli autori moderni. Troplong espone un motivo che basterebbe per far respingere la sua opinione. Si presume, egli dice, che il debitore, il quale sostiene la lite, invece di domandare il retratto, rinunci alla facoltà che la legge gli accorda. Ma si presume forse una rinuncia? E quando si presumerà? In principio o nel corso della lite? Forse precisamente alla vigilia del giorno in cui deve essere pronunciata la sentenza? Duvergier ha sentito quanto di poco giuridico vi fosse in questa dottrina, e le ha cercato un altro fondamento. Secondo lui, vi ha slealtà, frode da parte del debitore a sostenere che non deve nulla, per poi domandare il retratto all'ultimo momento. Che vi sia indelicatezza in questo modo d'agire conveniamo volentieri, ma da ciò alla frode ci corre. Il debitore ha il diritto d'agire come fa, e chi usa del proprio diritto non è colpevole di dolo (2).

599. La sentenza è resa in ultima istanza, ma il convenuto condannato si trova ancora nei termini legali per ricorrere in cassazione o per domandare la rivocazione. Si domanda se sia ammissibile il retratto. Non vi ha alcun dubbio quando la decisione è impugnata con uno di questi mezzi straordinarii, perchè esso rimette tutto in controversia: la sentenza può essere annullata o rivocata, e quindi la cosa

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 213, n. 146 *bis* IX.

(2) Pothier, *Vendita*, n. 597. Troplong, p. 510, n. 999. Duvergier, t. II, p. 456, n. 377.

è sempre litigiosa, il che decide la questione del retratto. Si obbietta che il ricorso non è sospensivo e che la sentenza impugnata può tuttavia essere eseguita. Ma ciò non prova che non vi sia litigio: vi ha controversia finchè la lite è pendente davanti una giurisdizione qualsiasi: il che è decisivo. La giurisprudenza è in questo senso (1).

La Corte di Dijon, la cui sentenza venne confermata dalla Corte di cassazione, dice nei suoi considerando, che lo stesso avviene se le parti si trovano in termini per ricorrere in Cassazione, sebbene non vi sia alcun ricorso. Noi preferiamo la dottrina contraria, consacrata dalla Corte di Bordeaux (2). La condizione essenziale perchè vi sia luogo al retratto è che esista un litigio. Ora, quando è intervenuta una sentenza in ultima istanza, non vi ha più litigio: questo può rinascere soltanto se contro la decisione esista un ricorso. Anche quando la parte condannata ricorresse in Cassazione non sarebbe ammessa a domandare il retratto se eseguisse volontariamente la sentenza. Questa esecuzione volontaria è un'acquiescenza, ed un'acquiescenza mette fine ad ogni litigio: il diritto ha cessato d'essere litigioso per volontà delle parti interessate (3).

600. La giurisprudenza ammette che il debitore può esercitare il retratto, anche dopo che il litigio è terminato, se il cessionario ha tenuto nascosta durante la causa la cessione, non notificandola che dopo l'esito della lite. In questo caso, vi ha frode alla legge, e la frode fa sempre eccezione. La Corte suprema avverte benissimo che non può dipendere da un cessionario di diritti litigiosi di privare il debitore del beneficio della surrogazione, affettando di non fargli notificare la cessione se non dopo che il litigio è terminato con una sentenza definitiva. Si darebbe così a colui contro il quale è stabilito il diritto di retratto il mezzo d'eluderne ogni effetto (4).

601. In qual modo dev'essere esercitato il diritto di retratto? Ecco la difficoltà. Secondo l'art. 1699, il debitore ceduto deve fare dei rimborsi al cessionario. Deve egli offrirgli i denari? E se il cessionario li rifiutasse, deve far stendere un processo verbale di offerta reale? La questione è controversa. Non può parlarsi d'offerte reali e di deposito, perchè chi esercita il retratto non è debitore del cessionario, ma usa d'un diritto che la legge gli accorda. L'esercizio di questo diritto lo assoggetta

---

(1) Rigetto, 5 maggio 1835 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2063).

(2) Bordeaux, 18 gennaio 1839 (DALLOZ, v. *Avoué*, n. 147). AUBRY e RAU, t. IV, p. 457, nota 39 § 359 *quater*.

(3) Parigi, 18 marzo 1854 (DALLOZ, 1854, 2, 335).

(4) Rigetto, sezione civile, 3 gennaio 1820 (DALLOZ, v. *Vente*, n. 2056, 1.°). Cfr. le sentenze citate nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Vente*, n. 2044, e DUVERGIER, t. II, p. 468, n. 378.

ad obbligazioni, ma egli non deve adempiere queste obbligazioni che quando gli è acquisito il diritto al retratto. La difficoltà sta dunque nel sapere se il debitore ceduto deve fare offerte di denari per acquistare il diritto al retratto. Ci pare che il silenzio della legge decida la questione. È dessa che conferisce il diritto: il debitore non deve far altro che dichiarare aver egli intenzione di approfittare del beneficio della legge. Esigere di più è andare oltre la legge e creare decadenze ch'essa non pronuncia, giacchè ecco quello che può accadere. Il debitore notifica al cessionario che domanda il retratto. Il cessionario rifiuta, il debitore fa delle offerte reali soltanto dopo il termine della lite. Sarebbe egli decaduto dal suo diritto pel motivo che lo esercita dopo la fine del litigio? No, secondo la nostra opinione, mentre, a parere degli avversarii, egli sarebbe decaduto, per non aver usato della facoltà di retratto finchè la cosa era litigiosa. Ora, non può esservi decadenza senza una legge. Bisogna applicare, per analogia, al diritto di retratto quanto abbiamo detto della facoltà di riscatto (1).

602. Secondo la dottrina e la giurisprudenza il retratto non può essere domandato con conclusioni subordinate. Lo scopo della facoltà che l'art. 1699 accorda al debitore ceduto è di metter fine alle liti. Ne consegue, come abbiamo detto (n. 598), che la surrogazione non può più essere domandata quando la lite è terminata con una sentenza definitiva. Il diritto non sarebbe più litigioso, e non si potrebbe più parlare del bene della pace. Per la stessa ragione, il debitore non può ad un tempo opporsi all'azione del creditore e domandare, con conclusioni subordinate, il retratto pel caso in cui soccombesse. Infatti, a che cosa condurrebbero queste conclusioni se il giudice le ammettesse? Egli dovrebbe, pur condannando il debitore, autorizzarlo ad esercitare il retratto, rimborsando il prezzo della cessione. Ora, sarebbe questa una contraddizione. Da una parte, la sentenza stabilirebbe che il diritto del creditore è certo, e, d'altra parte permetterebbe il retratto della cessione, perchè il diritto è litigioso, ossia incerto. È mestieri dunque che il convenuto opti. Finchè si difende, non può usare del diritto di retratto, e dal momento che chiede il retratto deve cessar di difendersi (2).

603. Quali sono le obbligazioni del debitore che esercita il retratto? L'art. 1699 stabilisce ch'egli deve rimborsare il prezzo *reale* della cessione. Può darsi che le parti abbiano indicato un prezzo fittizio più elevato del vero prezzo, per impedire al

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 458, nota 31, § 359 *quater*. In senso contrario, Colmet de Santerre, t. VII, p. 213, n. 146 *bis* IX e X.

(2) Duvergier, t. II, p. 465 nn. 374 e 375. Cfr. le sentenze citate da Aubry e Rau, t. IV, p. 458, nota 32, § 359 *quater*.

debitore d'usare del diritto che la legge gli accorda; il che sarebbe una frode alla legge. Il debitore potrebbe provare, anche mediante testimonii e presunzioni (art. 1348 e 1353), quale è il prezzo reale, ed è questo prezzo ch'egli è tenuto a rimborsare. L'articolo 1699 soggiunge ch'egli deve rimborsare anche le spese e i legittimi pagamenti, come pure gli interessi da computarsi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della fattagli cessione. Siccome il cessionario viene espropriato suo malgrado, è giusto che sia completamente indennizzato dei denari sborsati. La legge non tien conto del profitto ch'egli abbia potuto fare, perchè questo profitto dipende da un'alea, la vincita della lite. Ora, la lite è arrestata e terminata dal retratto.

La legge non parla delle spese della causa cui pone fine la domanda di retratto. Chi deve sopportarle? Si ammette che queste spese stanno a carico di chi esercita il retratto, in applicazione del principio che il cessionario non deve perdere nulla per effetto del retratto. Ora, egli sarebbe in perdita se dovesse pagare le spese della causa. Ma come conciliare questa obbligazione col testo e coi principii? L'art. 1699 non parla che delle *spese e dei legittimi pagamenti,* espressione che si riferisce alla convenzione intervenuta fra il creditore e il cessionario, e, secondo i principii, è la parte che soccombe che deve sopportare le spese. Si può dire, nella specie, che il debitore ceduto soccombe. Infatti, egli comincia col difendersi, ossia pretende di non dover nulla; poi domanda il retratto, il che suppone ch'egli deve, e quindi si condanna da sè stesso, la qual cosa permette di porre a suo carico le spese che ha cagionate colla sua ingiusta difesa. Spetta a lui evitare quest'onere, chiedendo il retratto dal principio della causa (1).

§ III. — *Degli effetti del retratto.*

604. La legge non si spiega riguardo agli effetti del retratto, e gli scrittori sono discordi sul principio (2). Pothier dice che il debitore rimborsando il cessionario, subentra nel suo contratto. Il retratto sarebbe dunque una surrogazione, colla quale il debitore prenderebbe il posto del cessionario. Tale è, infatti, l'espressione usuale di cui gli autori e le sentenze si servono per designare il retratto. Ma è a notarsi che la legge non la usa. Pothier soggiunge che l'acquisto fatto dal cessionario del

(1) Bruxelles, 10 giugno 1819 (*Pasicrisie,* 1819, p. 398).
(2) Vedi le diverse opinioni, come pure le fonti in MOURLON, *Répétitions* t. III, p. 279, nota.

diritto litigioso è distrutto nella persona del cessionario e passa in quella del debitore, che si ritiene avere egli stesso riscattato il suo debito dal creditore, e averlo transatto per la somma portata dalla cessione (1). Ciò ne sembra troppo assoluto. La legge non ha riprodotto la definizione che Pothier dà al retratto. Essa si limita a dire che chi esercita il retratto può farsi liberare dal suo debito rimborsando al cessionario il prezzo reale della cessione. Bisogna stare al testo e non dare al retratto effetti che la legge non riconosce.

605. È vero, come dice Pothier, che la cessione del diritto litigioso è distrutta? Certamente la cessione sussiste tuttavia fra il cedente e il cessionario. Il cedente non interviene nel retratto, l'art. 1699 non parla di lui. Perchè il contratto ch'egli ha consentito sarebbe rotto? La legge suppone ch'egli abbia ricevuto il prezzo della cessione, nel qual caso la questione non ha più interesse, ma può darsi che non l'abbia ricevuto. Quale è allora la sua condizione? Non può egli più agire contro il cessionario, suo debitore? La legge non lo dice, nè ciò risulta dai principii. Tra il venditore e il compratore il contratto di vendita sussiste, e quindi il cessionario rimane il debitore del cedente. Così il retratto è estraneo ai rapporti fra il cedente e il cessionario; cosa questa assai logica. Lo scopo del retratto è di metter fine alla lite che il cessionario intenta contro il debitore, e quindi tutto avviene fra il convenuto e l'attore. Quanto al contratto intervenuto fra il cessionario e il cedente, esso è estraneo al debitore ceduto, estraneo al retratto, ove non figura che per constatare il prezzo che il debitore deve rimborsare al cessionario (2).

606. Il retratto è una nuova cessione che interviene fra il cessionario e chi lo esercita? Si potrebbe crederlo stando all'espropriazione che il cessionario subisce. Egli è espropriato del credito che ha acquistato. Ora, chi espropria acquista e chi è espropriato vende. Secondo questa opinione, vi sarebbe una rivendita nell'esercizio del retratto, ma non è così. La legge non dice che chi esercita il retratto acquista il credito, ed era inutile supporre una vendita per l'esercizio del diritto di retratto. Le cose avvengono più semplicemente. Il convenuto arresta la lite e vi mette fine rimborsando all'attore il prezzo del suo acquisto. Ecco tutto ciò che dice la legge.

Quale è dunque l'effetto del retratto fra chi lo esercita e il cessionario? Chi esercita il retratto si mette al coperto da ogni azione, da parte del cessionario, rimborsandogli il prezzo della cessione. È quello che dice l'art. 1699. Quegli contro cui fu ceduto un diritto litigioso *se ne fa liberare*. Quanto al cess[illegible]o

(1) Pothier, *Della vendita*, n. 597.
(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 316, n. 146 *bis* XV.

nario, egli perde il beneficio del suo contratto, e deve contentarsi d'essere indennizzato. Ne consegue che, a riguardo del debitore, si ritiene che il cessionario non sia mai stato creditore. Se il credito ceduto fosse stato colpito da un sequestro, questo sequestro cadrebbe, perchè non vi ha più credito; la legge lo dichiara estinto, e il cessionario ha soltanto un'azione pel rimborso del prezzo. È sottinteso che i creditori del cessionario possono esercitare questa azione, ma non è il credito ceduto ch'essi esercitano, essendo il medesimo estinto per un motivo di pubblica utilità (1).

§ IV. — *Delle eccezioni.*

607. L'art. 1701 prevede tre casi nei quali cessa il diritto di retratto. Esso non ha luogo, anzitutto, quando la cessione siasi fatta ad un coerede o comproprietario del diritto ceduto. Il diritto di retratto, dice Pothier, non è fondato che sull'avversione contro i compratori di liti, i quali pare non abbiano avuto altro motivo che l'amore delle controversie per acquistare i diritti litigiosi che si son fatti cedere. Dunque non deve farsi luogo al retratto tutte le volte che la cessione sia avvenuta per una giusta causa. Ora, quando un erede od un comproprietario, che ha già, per suo conto, una parte nel credito litigioso, acquista le quote dei suoi coeredi o comproprietari, è evidente che questa cessione è fatta per una giusta causa, che è quella di uscire dall'indivisione. Il cessionario non può dunque passare, in questo caso, per un compratore di liti, e deve poter far valere, in tutta la loro estensione, i diritti che formano oggetto della cessione (2).

• Questa prima eccezione solleva qualche difficoltà. Fu osservato che, nell'esempio dato da Pothier, non vi ha indivisione, perchè i crediti si dividono di pien diritto fra gli eredi, i quali non possono ripetere il debito che per le porzioni loro spettanti, come rappresentanti il creditore (art. 1220). Bisogna dunque cercare un altro motivo per giustificare l'eccezione che gli autori del codice hanno tolta a Pothier. Ecco la ragione che si adduce. Il retratto, se lo si ammettesse, non estinguerebbe la lite, perchè non potrebbe applicarsi se non alla quota del credito che apparteneva al cedente. L'altra parte apparteneva al cessionario prima della cessione, in forza dell'articolo 1220, e non potrebbe certo essere tolta al proprietario.

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 215 n. 146 *bis* XIII e XIV.
(2) POTHIER, *Della vendita,* n. 593.

La lite dunque sussisterebbe sempre, ed anche più accanita, precisamente perchè il debitore avrebbe espropriato il cessionario del diritto che aveva acquisito (1).

Vi ha un'altra difficoltà. Noi abbiamo supposto, con Pothier, che la cessione fosse fatta ad un coerede *dal suo coerede*, ad un comproprietario *dal suo comproprietario*. Il codice non si esprime così esplicitamente, ma parla soltanto del cessionario, senza dire da chi la cessione sia fatta. Siccome esso non distingue, non se ne deve conchiudere che non vi sia luogo a distinguere e che, per conseguenza, l'eccezione sia applicabile al caso in cui la cessione fosse fatta al comproprietario da un estraneo? Si risponde, e la risposta è perentoria, che se la distinzione che si faceva nell'antico diritto non è riprodotta esplicitamente dall'art. 1701, vi si trova però implicita. Il testo suppone una cessione fatta ad un *comproprietario* del diritto litigioso, il che implica che il cedente è ritenuto *comproprietario* del diritto, che questo diritto si suppone indiviso tra loro, e che la cessione ha per oggetto di metter fine all'indivisione. Ma se io cedo un credito che ho contro un'eredità devoluta a Pietro e a Paolo, ad uno degli eredi, la cessione non si fa più ad un *coerede*, perchè io non sono erede. Dunque non si è più nei termini dell'eccezione, e quindi si rientra nella regola, e il coerede del cessionario potrà chiedere il retratto. Il cessionario invocherà il beneficio dell'eccezione stabilito dall'art. 1701, n. 1? Gli si risponderà: Che cosa è stato ceduto? È un credito comune ed indiviso fra noi ed il vostro coerede? È a un *comproprietario* che la cessione è stata fatta? No, perchè il cedente non è un vostro coerede, e quindi voi non siete comproprietario del diritto ceduto, ma condebitore (2).

608. Il diritto di retratto cessa, in secondo luogo, « quando la cessione fu fatta ad un creditore in pagamento di quanto gli è dovuto ». Quale è il motivo di questa eccezione? La cessione ha una causa legittima, poichè è una dazione in pagamento. Non si può dire che il cessionario acquista una lite: egli riceve da un cattivo debitore un credito litigioso, perchè non può ottenerne un diverso pagamento. Ciò suppone che il creditore non poteva farsi pagare altrimenti. Se, potendo ricevere ciò che gli è dovuto, accetta un credito litigioso, il motivo dell'eccezione viene a cessare, almeno in teoria. Era questa l'opinione di Pothier (3), ma, siccome il codice non ha ripro-

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 220, n. 148 *bis* II.

(2) Duvergier, t. II, p. 490, n. 392. Marcadé, t. VI, p. 354, n. III dell'art. 1701. In senso contrario, Duranton, t. XVI, p. 559, n. 539. Cfr. Troplong, p. 514, nn. 1005 e 1006.

(3) Pothier, *Della vendita*, n. 593. Colmet de Santerre, t. VII, p. 221, n. 148, *bis* III.

dotto la distinzione, bisogna applicare la legge nel senso assoluto ch'essa presenta.

609. La terza eccezione ha luogo nel caso in cui la cessione sia stata fatta al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso (art. 1701, 3.°). Pothier dà il seguente esempio. Il possessore d'un fondo viene escusso da un preteso creditore ipotecario del venditore. Egli acquista il credito per conservare il possesso del fondo. Questa cessione avendo una giusta causa, il cessionario potrebbe, se fosse escusso da creditori posteriori, farla valere contro di loro in tutta la sua estensione. Pothier fa anche qui una distinzione di cui è inutile parlare, poichè il codice non l'ha riprodotta.

610. Vi hanno altre eccezioni oltre quelle prevedute dall'art. 1701? Si legge in una sentenza confermata in appello che, nell'antico diritto, il retratto non era ammesso in tutti i casi in cui vi era giusta causa, e che gli autori del codice hanno inteso mantenere, in questa materia, la giurisprudenza tradizionale (1). La decisione così formulata è certamente erronea. Quando la legge stabilisce una regola e vi apporta delle eccezioni, bisogna applicare il principio che regge il rapporto dell'eccezione colla regola. Le eccezioni sono sempre di stretta interpretazione. Dal momento che non si è nei termini dell'eccezione, si rientra nella regola. Altra è la questione di sapere a quali casi s'applica la regola. Questa quistione l'interprete ha il diritto e il dovere di esaminarla. Il giudice può dunque decidere che nel tal caso il retratto non è ammesso, perchè la regola non vi si applica, secondo il testo e secondo lo spirito della legge. La distinzione parrà sottile, ma non è per questo meno giuridica. È una distinzione generalmente ammessa, ma la sua applicazione è assai difficile.

Pothier insegna che la regola consacrata dall'art. 1699 non è applicabile quando il diritto litigioso sia venduto giudizialmente. Una rendita per la quale io ho una lite col debitore è licitata fra i miei eredi e aggiudicata ad un estraneo, colla clausola che l'aggiudicatario assumerà a suo carico l'esito della lite. Questa aggiudicazione non sarà soggetta al retratto, perchè l'aggiudicatario non può essere riguardato come un odioso compratore di liti, essendo stato invitato, in certo qual modo, ad acquistarla dall'autorità giudiziaria. Non vi ha acquisto d'una lite, nel senso della legge, e quindi non vi ha luogo al retratto (2).

Pothier dice ancora che non si fa luogo al retratto quando il diritto litigioso è l'accessorio d'una cosa principale non

---

(1) Angers, 14 luglio 1869 (Dalloz, 1870, 2, 34).
(2) Pothier, *Della vendita*, n. 595. Sentenza citata alla nota precedente. Cfr. rigetto, 20 luglio 1837 (Dalloz, v. *Vente*, n. 2031).

litigiosa, come, per esempio, la vendita d'un possedimento con tutti i crediti che il proprietario ha contro i suoi affittuarii. La cessione dei crediti ha, in questo caso, una giusta causa, dice Pothier. Sarebbe dunque un'eccezione analoga a quella consacrata dall'art. 1701. Così considerata, la decisione di Pothier non sarebbe ammissibile. Ma non si può dire che il cessionario non è un compratore di liti e che in realtà la cessione non ha per oggetto diritti litigiosi? La Corte di Bruxelles ha ammesso la dottrina di Pothier, pel motivo che i cessionarii i quali sono obbligati di sostenere una lite, come conseguenza del loro acquisto, non possono essere classificati fra i compratori di liti contro i quali è stata ordinata la disposizione dell'art. 1699. Pothier la chiama una pena. Ora, non si può infliggere una penalità a chi non è colpevole (1).

Per ragioni analoghe è stato giudicato che il compratore d'una eredità non è soggetto al diritto di retratto, se fra gli oggetti ereditarii si trovano diritti litigiosi (2). Si può invocare un motivo di diritto in appoggio di questa decisione, cioè che colui il quale acquista un'eredità non acquista gli oggetti che la compongono, e quindi non è un compratore di liti.

La Corte di Liegi ha deciso analogamente in un caso più dubbio. Il cessionario aveva acquistato, per un solo e medesimo prezzo, una quantità di rendite, fra le quali ve ne erano di litigiose. La Corte ha giudicato che questa vendita non aveva il carattere d'una cessione di diritti litigiosi nel senso dell'art. 1699 (3).

---

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 594. Bruxelles, 24 febbraio 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 50).

(2) Liegi, 30 luglio 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 190).

(3) Liegi, 11 marzo 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 103).

TITOLO VIII.

(Titolo VII del codice civile).

Della permuta.

§ I. — *Analogia e differenze fra la vendita e la permuta.*

611. L'art. 1702 definisce la permuta in questi termini: « La permuta è un contratto con cui le parti *si danno* rispettivamente una cosa per averne un'altra ». La parola *dare* è presa qui nel senso che vi attribuivano i Romani per indicare una traslazione di proprietà. Dicendo che nella permuta le parti si danno una cosa per averne un'altra, la legge intende dunque dire che le parti si trasmettono immediatamente la proprietà delle cose che formano l'oggetto della permuta. Non bisogna però indurne che la traslazione immediata della proprietà sia dell'essenza della permuta. Il più delle volte la proprietà sarà trasferita pel solo fatto del contratto, come in tutti i casi in cui la permuta cade sopra cose determinate, il che è certamente la regola generale. Ma uno dei permutanti potrebbe promettere una quantità. Ora, la proprietà di cose indeterminate non si trasferisce pel solo effetto del contratto, ma occorre una determinazione della cosa, il che d'ordinario si fa colla consegna (1).

La definizione che l'art. 1702 dà della permuta venne censurata anche per un altro riguardo. La maggior parte degli scrittori la modificano sostituendo la parola *danno* colle parole *l'obbligano di dare*. Il codice sembra riprodurre la definizione del diritto romano, il quale considerava la permuta come un contratto reale, di modo che la semplice convenzione di permutare non

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 224, n. 150 *bis* I e II.

basterebbe a costituire la permuta. Sotto l'impero del codice, la promessa o l'obbligazione di permutare è una permuta, senza che sia necessaria, pel perfezionamento del contratto, la consegna della cosa. L'art. 1703 lo dice: « La permuta si effettua mediante il semplice consenso, come la vendita ». La permuta è dunque un contratto consensuale, ed è perfetto dal momento che vi ha concorso di volontà sulle cose che devono essere consegnate dai permutanti. Un autore che ama molto di censurare, ora il codice, ora la dottrina, ha preso qui le parti del codice contro i critici. Crediamo inutile addentrarci nella quistione. È stato già dimostrato che chi accusa tutti d'errore si è egli stesso. ingannato, e non vediamo perchè un errore esposto da uno scrittore debba essere eternamente confutato (1).

612. Il codice, dopo qualche disposizione concernente l'evizione e la rescissione per causa di lesione, aggiunge (articolo 1707): « Tutte le altre regole stabilite pel contratto di vendita si applicano anche alla permuta ». Faure, relatore del Tribunato, dice che la vendita altro non è se non una permuta perfezionata. I due contratti differiscono soltanto in ciò che, nella vendita, una delle parti dà all'altra una somma di denaro per avere l'oggetto che desidera, mentre, nella permuta, ciascuna delle due parti dà e riceve una cosa particolare invece di denaro. Del resto, continua il relatore, le regole sono quasi in tutto le stesse per entrambi i contratti. Ecco perchè il codice non contiene che un esigno numero di disposizioni relative alla permuta. Ciò che si fosse aggiunto, dice Troplong, non sarebbe stato che la ripetizione delle disposizioni contenute nel titolo della *Vendita,* o di quelle consacrate dal titolo che tratta delle obbligazioni convenzionali in generale (2). Noi faremo come il codice, essendo perfettamente inutile ripetere quanto abbiamo detto.

Ci contenteremo di accennare al complemento che il codice civile ha ricevuto dalla legge ipotecaria belga. La permuta essendo un contratto traslativo di proprietà come la vendita, ne segue che l'atto da cui risulta è soggetto alla trascrizione, quando la permuta ha per oggetto immobili (art. 1). Donde una conseguenza importantissima, in quanto concerne la forma. Tra le parti contraenti si applica il principio che il contratto è perfetto col solo concorso del consenso. La scrittura che eventualmente si rediga non ha altro scopo se non quello di dare alle parti interessate una prova letterale delle loro convenzioni (art. 1582). Non avviene lo stesso a riguardo dei terzi, quando la permuta è immobliare. Perchè abbia effetto a loro riguardo, l'atto deve essere trascritto, e la nostra

(1) MARCADÉ, t. VI, p. 407, n. II, dell'art. 1703. Vedi la confutazione in MOURLON, t. III, p. 285, nota.

(2) FAURE, *Relazione* fatta al Tribunato, nn. 1 e 2 (LOCRÉ, t. VII, p. 125).

legge non ammette alla trascrizione che gli atti autentici o gli atti che sono a questi assimilati (art. 2). Di qui la necessità per le parti di far stendere la permuta per atto notarile, se vogliono che l'acquisto della proprietà risultante dalla permuta possa essere opposto ai terzi.

La nostra legge ipotecaria completa l'assimilazione che il codice Napoleone fa della vendita e della permuta in quanto riguarda il privilegio annesso ai crediti che nascono da entrambi i contratti. Il codice civile accorda al venditore un privilegio sull'immobile venduto, per il pagamento del prezzo (art. 2103, 1.°), ma non parla della permuta. La legge ipotecaria belga ha colmato la lacuna accordando un privilegio ai compermutanti sugli immobili reciprocamente permutati, per il pagamento dei conguagli, delle eccedenze e delle retribuzioni, come pure della somma fissa determinata dall'atto, a titolo di danni e interessi in caso d'evizione (art. 27, 2.°). Ritorneremo sul privilegio del permutante, al titolo che è la sede della materia.

613. Vi ha qualche differenza fra la vendita e la permuta. Il codice ne indica una. A termini dell'art. 1706, la rescissione per causa di lesione non ha luogo nel contratto di permuta. È questo il solo punto sul quale gli oratori del governo e del Tribunato si soffermino nei loro discorsi. Bigot-Préameneu ricorda i motivi pei quali il codice civile dà al venditore d'un immobile il diritto di chiedere la rescissione dal contratto, se è leso oltre i sette dodicesimi nel prezzo; per impedire, cioè, che la cupidigia abusi del bisogno che, il più delle volte, costringe il venditore ad alienare a un prezzo così vile. La legge non ammette la rescissione a favore del compratore, perchè questi non contratta mai sotto l'impero della necessità. Si può dire altrettanto dei permutanti. La permuta non è mai il risultato del bisogno. Se il compermutante si trovasse in bisogno, venderebbe, non permuterebbe. Il motivo che ha fatto ammettere la rescissione nell'interesse del venditore non esiste dunque nel contratto di permuta. Gli oratori soggiungono che i permutanti sono ad un tempo venditori e compratori. La confusione di queste due qualità rende la rescissione impossibile. Infatti, il favore che il permutante reclamasse come venditore dovrebbe essergli rifiutato come compratore (1).

614. L'art. 1593 dispone che le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita stanno a carico del compratore. Siccome i due compermutanti sono ad un tempo compratori e venditori, bisogna conchiuderne che entrambi devono sopportare le

(1) Bigot-Préameneu, *Esposizione dei motivi*, n. 4, Faure, *Relazione*, n. 6 (Locré, t. VII, pp. 124 e 126).

spese, il che equivale a dire che le spese si dividono tra di loro (1).

615. Secondo l'art. 1602, ogni patto oscuro od ambiguo s'interpreta contro il venditore. È impossibile applicare questa disposizione alla permuta, poichè i due compermutanti sono entrambi venditori, e l'uno non impone più dell'altro, la legge, la permuta facendosi per convenienza reciproca. L'art. 1602, come viene spiegato, deroga alle regole generali che governano l'interpretazione dei contratti, e siccome non è applicabile alla permuta, questo contratto rimane sotto l'impero del diritto comune.

616. Si ammette generalmente che l'art. 1619 non è applicabile alla permuta, ed ecco in qual senso. Trattasi di sapere se vi sia luogo al pagamento d'un conguaglio più o meno considerevole, quando uno dei fondi ha un'estensione maggiore o minore di quella indicata nel contratto, e, per conseguenza, se si faccia luogo alla risoluzione del contratto. In materia di vendita, la soluzione dipende dalla cifra esatta dell'eccedenza o della deficenza dell'estensione, e si comprende, poichè fra il prezzo e l'estensione vi ha un rapporto preciso. In materia di permuta, questo rapporto non esiste. La permuta si fa per ragioni di convenienza, e quindi essa non va soggetta alla rigorosa eguaglianza che regna nella vendita, quando è indicata l'estensione. Naturalmente il giudice deve tener conto di questa differenza fra i due contratti, consultando innanzi tutto l'intenzione delle parti contraenti e le circostanze nelle quali s'è fatta la permuta, e quindi la questione sarà di fatto più che di diritto (2).

617. Siccome vi hanno differenze fra la vendita e la permuta, importa distinguere se un contratto è una permuta od una vendita. In generale, la distinzione è facile, perchè vi ha un elemento essenziale della vendita che manca nella permuta, ossia il prezzo in denaro, ed è precisamente perchè si possono distinguere i due contratti che la dottrina esige che il prezzo consista in denaro. Ma accade sovente che i fondi permutati non abbiano lo stesso valore. Il compermutante che riceve un fondo avente un valore superiore a quello che dà in permuta paga allora, a titolo di retribuzione, una somma in denaro che si chiama conguaglio dell'eccedenza. Di qui la difficoltà di sapere se la permuta fatta con conguaglio rimane tuttavia una permuta, o se è un contratto misto, partecipante della natura dei due contratti, ai quali toglie i suoi elementi. Sarà invece una vendita, se il conguaglio è considerevole? Nelle

---

(1) Duvergier, t. II, p. 522, n. 425.

(2) Duvergier, t. II, p. 522, n. 426. Marcadé, t. VI, p. 412. Cfr. Troplong, *Della locazione*, p. 50 (edizione belga) n. 34 del *Trattato della permuta*.

permute fatte in buona fede, il conguaglio è di regola poco importante: esso è un elemento molto accessorio del contratto, e che non può modificarne la natura. La permuta, sebbene fatta con conguaglio, resta sempre una permuta. Il codice civile decide così in materia di comunione (art. 1407). Ma il conguaglio può essere considerevole, sia che le parti abbiano avuto l'intenzione di fare una permuta, sia che abbiano qualificato come permuta un contratto che è realmente una vendita, per sfuggire ad una disposizione della legge concernente la vendita, per esempio, per pagare soltanto il due anzichè il quattro per cento per diritti di registrazione.

La questione si agitava già nell'antico diritto, a proposito del retratto successorio che era ammesso per la vendita d'un fondo, mentre non lo era in caso di permuta. Le consuetudini avevano al riguardo disposizioni differenti, e gli autori erano divisi. Pothier ammette la decisione della consuetudine d'Orléans, a termini della quale il contratto era considerato come una vendita quando il conguaglio valeva più della metà del fondo acquistato da colui che lo doveva a titolo di retribuzione. Questa opinione si fonda sopra un principio giuridico, cioè che la natura d'un contratto si determina a seconda dell'elemento che vi prevale. Qual'è il carattere distintivo della vendita? Che il venditore vende per riscuotere il valore della cosa in una somma di danaro. Se dunque un fondo viene ceduto per una somma di denaro e per un altro fondo di valore minore della somma il contratto deve essere reputato una vendita, perchè la somma è quella che predomina. Il fondo è alienato principalmente per una somma di denaro, e quindi vi ha vendita. Quanto al fondo che è dato insieme alla somma di danaro, esso non forma che un accessorio del prezzo, e non è l'elemento accessorio che può determinare la natura d'un contratto (1). Questa opinione è generalmente seguìta dagli scrittori moderni, colla restrizione però, che, non contenendo il codice una disposizione analoga a quelle delle antiche consuetudini, non si può ammettere come regola legale che il contratto divenga necessariamente una vendita quando il conguaglio ecceda il valore del fondo ricevuto in permuta. Se ne conchiude che il giudice può, anzi deve tener conto d'un altro elemento, dell'intenzione delle parti contraenti. Se è realmente per ragioni di convenienza che la permuta ha avuto luogo, bisognerà decidere che il contratto non sarà una vendita, sebbene il conguaglio ecceda il valore della cosa (2). Questa modificazione dell'opinione di Pothier ci lascia un dubbio. È verissimo che la volontà dei

(1) POTHIER, *Dei retratti*, n. 92

(2) DUVERGIER, *Della vendita*, t. II, p. 501, n. 406. Cfr. MARCADÉ, t. VI, p. 407, n. II dell'art. 1703.

contraenti ha una gran parte nei contratti, ma non è in loro facoltà di cambiare l'essenza delle cose, perchè essi non possono l'impossibile. Invano dichiarerebbero che hanno voluto fare una permuta, quando il contratto presenta i caratteri essenziali della vendita: la loro dichiarazione non muterebbe punto la natura delle cose. Bisogna dunque stare al principio di Pothier, e decidere la difficoltà in base all'elemento che domina nel contratto.

La questione è stata giudicata in questo senso dalla Corte di cassazione del Belgio. Nella specie, le parti avevano dichiarato di permutare un possedimento di centouno ettari, con undicimila lire di reddito, contro un ettaro di praterie, del reddito di cento lire, più un conguaglio di duecentoventimila. Il ricevitore del registro percepì il diritto di permuta, sulla base del due per cento, ma l'amministrazione, avendo riconosciuto nell'atto i caratteri d'una vendita, spiccò contro il compratore un mandato per supplemento di tassa, elevandola al quattro per cento, il che portava una differenza di ottomilacentosessantaquattro lire. Il tribunale di Mons si pronunciò contro il fisco, ma la sua decisione venne cassata. Non è, dice la Corte di cassazione, in base alla qualifica che le parti credano conveniente di dare ad un atto, ma in base alla natura delle convenzioni in esso enunciate che si deve determinare il suo vero carattere. E qual'è il principio che serve a riconoscere la natura del contratto? La Corte risponde che « i contratti prendono la loro sostanza e la loro denominazione da ciò che vi domina e ne forma l'oggetto principale ». Applicando questo principio alla convenzione in controversia, la Corte constata che l'atto presentava, in quanto formava l'oggetto principale della convenzione, tutto ciò che caratterizza il contratto di vendita, vale a dire una cosa e un prezzo. Eravi senza dubbio un elemento di permuta, ma un ettaro ricevuto in permuta, quando se ne danno centouno, non costituisce che un elemento molto accessorio il quale non può cambiar la natura della convenzione principale (1). La Corte di cassazione di Francia ha giudicato in modo più preciso, e conformemente all'opinione di Pothier, che il contratto col quale si dà un fondo per un altro prende la natura della vendita o della permuta, secondo che il conguaglio eccede o non il valore del fondo preso in permuta (2).

618. La permuta produce un effetto particolare. Nell'antico diritto si ammetteva che la cosa ricevuta in permuta fosse sostituita di pien diritto a quella che il compermutante dà in permuta, nel senso ch'essa prendeva le qualità estrinseche che

(1) Cassazione, 8 agosto 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 388).
(2) Rigetto, sezione civile, 19 nevoso anno XIII (DALLOZ, v. *Echange*, n. 9).

questa aveva (1). Il principio aveva grande importanza in un tempo in cui il diritto variava secondo la qualità dei beni. Esso è stato mantenuto dal codice civile in materia di comunione. Il fondo ricevuto a titolo di permuta con un fondo proprio diventa bene proprio di pien diritto (art. 1407), mentre un immobile acquistato coi denari d'un bene proprio alienato non diventa bene proprio se non quando siano state osservate le condizioni prescritte per il reimpiego. Anche il fondo acquistato a titolo di permuta con un fondo dotale diventa dotale (art. 1559) (2). Si presentano, in questo caso, speciali difficoltà che abbiamo già esaminate al titolo del *Contratto di matrimonio.*

§ II. — *Della permuta della cosa altrui e dell'evizione.*

N. 1. — Permuta della cosa altrui.

619. L'art. 1599 dispone che la vendita della cosa altrui è nulla. Questo principio è applicabile alla permuta. Si può contestare la teorica della nullità stabilita dall'art. 1599, e rimandiamo in proposito a quanto fu detto al titolo della *Vendita,* ma, una volta ammessa la teoria, si deve applicarla alla permuta, perchè vi hanno gli identici motivi. Ciascuno dei compermutanti si obbliga a trasferire la proprietà della cosa che consegna in cambio di quella che riceve. Ora, secondo il sistema del codice, siccome chi non è proprietario non può trasmettere la proprietà, l'atto d'alienazione è nullo, sia desso una vendita od una permuta (3).

L'art. 1704 consacra implicitamente questa dottrina. Esso suppone che uno dei compermutanti abbia già ricevuta la cosa datagli in cambio. Se scopre che l'altro contraente non è proprietario di questa non può essere costretto a consegnare la cosa che ha promesso in contraccambio, ma solamente a restituire la cosa ricevuta. Ciò importa che il contratto è nullo, e conseguentemente il compermutante che ha consegnato una cosa di cui non aveva la proprietà non può chiedere l'esecuzione del contratto, ma può domandare soltanto che la cosa consegnata gli sia restituita. La legge esige, e s'intende, che il permutante il quale invoca la nullità della permuta, per dispensarsi dall'eseguirla, provi che la cosa da lui ricevuta non appartiene all'altro contraente. Egli oppone la nullità per via

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 629.
(2) TROPLONG, *Della permuta*, nn. 11 e 13.
(3) DE-FOLLEVILLE, *Della vendita della cosa altrui*, p. 130, n. 135, Rigetto, 16 gennaio 1810 (DALLOZ, v. *Echange*, n. 19, 1.°).

d'eccezione. Ora, l'eccezione lo costituisce attore, ed ogni attore deve dimostrare il fondamento della sua domanda.

Il compermutante non è tenuto ad attendere, per invocare la nullità, che sia chiesta contro di lui l'esecuzione dèl contratto. Egli può domandare la nullità, poichè il contratto è nullo, offrendo di restituire la cosa che ha ricevuto. In entrambi i casi, può reclamare danni e interessi, se è in buona fede. È questo il diritto comune. Così dice l'art. 1599 del compratore, e il medesimo principio va applicato al permutante.

620. Vi hanno due ipotesi che la legge non prevede, ma che ricevono la stessa soluzione. La permuta può non aver avuto alcuna esecuzione, ma ciò non impedisce al compermutante di domandarne la nullità, se può provare che la cosa promessagli in permuta non è proprietà dell'altro contraente. Questa permuta è nulla, e quindi la parte interessata può chiederne l'annullamento. L'attore non è obbligato, in questo caso, ad alcuna restituzione, ma potrà reclamare danni e interessi, conformemente all'art. 1599.

Se il contratto di permuta è stato eseguito da entrambe le parti, potrà ancora essere domandata la nullità in forza dell'art. 1599. Il compermutante non è obbligato ad aspettare di essere evitto. Il contratto essendo nullo, può chiederne immediatamente la nullità (1). Si applicano a questa azione i principii che abbiamo esposto al titolo della *Vendita*.

621. L'art. 1704 dice che il compermutante non può essere costretto a consegnare la cosa promessa da lui in contraccambio, ma solamente a restituire la cosa ricevuta. Può essere obbligato a restituirla, perchè invoca la nullità della permuta. Ma egli può anche non invocare la nullità ed eseguire il contratto se preferisce correre i rischi dell'evizione. L'articolo 1704 gli costituisce un diritto e non gli impone un'obbligazione (2). In applicazione degli stessi principii, bisogna decidere che il compermutante può costringere l'altro contraente ad eseguire il contratto, quand'anche questi non fosse proprietario della cosa che ha promesso in contraccambio. Rimandiamo a quanto abbiam detto sull'art. 1599.

---

(1) Poitiers, 16 aprile 1822 (Dalloz, v. *Echange*, n. 19, 2.°). Duvergier, t. II, p. 510, n. 413.

(2) Duranton, t. XVI, p. 568, n. 545 e tutti gli autori.

N. 2. — Diritti del compermutante in caso d'evizione.

622. « Il compermutante che ha sofferta l'evizione della cosa ricevuta in permuta può a suo arbitrio dimandare la rifusione dei danni ed interessi, o ripetere la cosa sua » (art. 1705). Così il permutante ha due diritti in caso d'evizione. Può anzitutto reclamare i danni e interessi. È questa la facoltà che appartiene al compratore evitto, e quindi bisogna applicare alla permuta quanto abbiamo detto della garanzia in materia di vendita. Il permutante ha anche il diritto di ripetere la cosa sua. Si tratta di un'azione di risoluzione del contratto fondata sul principio dell'art. 1184. Quando il compermutante viene evitto, ne risulta che l'altro contraente non ha adempita l'obbligazione essenziale che gli incombe, quella cioè di trasferire la proprietà della cosa Vi ha dunque luogo all'azione di risoluzione in forza della condizione risolutiva tacita che è sottintesa nei contratti sinallagmatici. Rimandiamo, per quanto concerne il principio, al titolo delle *Obbligazioni.* Poichè l'art. 1705 non è che l'applicazione dell'art. 1184, ne consegue che il permutante il quale chiede la risoluzione del contratto può reclamare danni e interessi. È il diritto comune, nè vi deroga l'art. 1705, il cui solo scopo è di consacrare in favore del compratore il diritto d'opzione che spetta, secondo l'art. 1705, alla parte contraente quando l'altra parte non ha eseguite le proprie obbligazioni.

623. L'art. 1705 dice che il permutante evitto può chiedere danni e interessi. In materia di vendita, la legge distingue fra l'evizione totale e l'evizione parziale. L'art. 1636 va applicato alla permuta? È stata giudicata l'affermativa, e non è dubbia. L'art. 1707 lo dice implicitamente dichiarando applicabili alla permuta tutte le regole prescritte per il contratto di vendita. Il permutante non potrà dunque domandare la risoluzione del contratto se non quando la parte della cosa della quale è stato evitto sia di tale importanza ch'egli non avrebbe contratto la permuta senza la parte di cui è stato evitto (1).

624. Anche il permutante ha un privilegio, secondo la nostra legge ipotecaria (n. 612). Il suo diritto di risoluzione è subordinato alla conservazione del privilegio? La legge ipotecaria decide così, nell'interesse dei terzi (art. 28). Ritorneremo su questa materia al titolo dei *Privilegi.*

625. Il compermutante può rinunciare all'azione di risoluzione, poichè essa non è stabilita che in di lui favore. È questo il

---

(1) Rigetto, 30 giugno 1841 (DALLOZ, v. *Domaine de l'Etat*, n. 192), e 15 marzo 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 79).

diritto comune. La rinuncia può essere espressa o tacita. Si ammette che vi sia rinunzia tacita quando il permutante si è messo col fatto proprio nell'impossibilità di compiere la risoluzione. A termini dell'art. 1183, la risoluzione d'un contratto rimette le parti nel medesimo stato come se il contratto non avesse mai avuto luogo. Bisogna dunque che il compermutante il quale domanda la risoluzione restituisca all'altro contraente la cosa che ha ricevuto. Se non può restituirla, la risoluzione diviene impossibile e, per conseguenza, non può essere domandata (1). Il permutante che avrebbe diritto di chiedere la risoluzione aliena la cosa ricevuta. Con questo egli rinuncia tacitamente al suo diritto, perchè, se avesse intenzione di provocare la risoluzione della permuta, avrebbe dovuto conservare la cosa per farne la restituzione. Alienandola, egli manifesta l'intenzione di mantenere la permuta in forza della quale ha il diritto d'alienare, e conseguentemente rinuncia a domandarne la risoluzione (2).

626. Lo stesso principio è applicabile ai creditori ipotecarii. In caso di permuta, come in caso di vendita, le ipoteche che esistono sugli immobili all'atto del contratto sono mantenute. La cosa è trasmessa coi pesi reali che la gravano. I creditori ipotecarii possono dunque escutere il permutante, possessore dell'immobile ipotecato per garanzia del loro credito. Essi rinunciano a questo diritto se, essendo inscritti sopra un immobile dato in permuta, facessero vendere l'immobile ricevuto in contraccambio dal loro debitore. Infatti, se agissero contro il compermutante, possessore dell'immobile ipotecato, questi rimarrebbe evitto e la permuta sarebbe risolta. Ora, essa non può più essere risolta pel fatto dei creditori ipotecarii che hanno provocato la vendita dell'immobile entrato nel dominio del loro debitore in forza della permuta. Provocare la vendita di questo immobile, sul quale essi non hanno diritto che per la permuta, è manifestare l'intenzione di mantenere la permuta e, per conseguenza, di rinunciare al loro diritto ipotecario (3).

627. Quale è l'effetto della risoluzione della permuta? La proprietà dei compermutanti è risoluta come se non fosse mai esistita (art. 1183). Per conseguenza, tutti i diritti consentiti dai permutanti cadono. È l'applicazione del diritto comune. Quanto al principio, rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni*. Si domanda se l'azione di risoluzione può essere proposta contro i terzi. La questione è posta male. L'azione che nasce dall'inadempimento d'una obbligazione non può essere intentata che contro colui il quale ha contratto l'obbligazione, poichè è un'azione

---

(1) Rigetto, 11 agosto 1835 (DALLOZ, v. *Domaine engagé*, n. 62).
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 461 e nota 11, § 360.
(3) DUVERGIER, *Vendita*, t. II, p. 518, nn. 418 e 419. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Echange*, n. 50.

personale. Ma la risoluzione pronunciata dal giudice reagisce contro i terzi. Se dunque la cosa è stata alienata dal permutante contro il quale si chiede la risoluzione, il compermutante può rivendicarla contro il terzo acquirente, ben inteso se si tratta d'un immobile, perchè la rivendicazione degli effetti mobiliari non è ammessa contro un terzo possessore di buona fede. Non è dunque la risoluzione che si chiede contro il possessore della cosa, ma la rivendicazione. E perchè il permutante possa rivendicare in forza della sentenza che ha pronunciato la risoluzione del contratto, bisogna che questa sentenza sia comune all'acquirente, e quindi chi chiede la risoluzione deve aver cura di chiamare in causa l'acquirente. È l'applicazione dei principii che abbiamo stabiliti al titolo delle *Obbligazioni* e che abbiamo applicati alla vendita. La giurisprudenza li ha consacrati, ma essa non ha sempre la precisione desiderabile. Vi hanno sentenze le quali danno il nome di *ripetizione* all'azione contro i terzi. La ripetizione di cui parla l'art. 1705 è l'azione di risoluzione, e questa non può mai essere proposta contro i terzi (1).

Bisogna notare ancora che il terzo acquirente può opporre all'azione di rivendicazione la prescrizione di dieci o di vent'anni. È sempre il diritto comune (2), mentre il compermutante non può mai invocare la prescrizione acquisitiva, poichè egli è tenuto in forza d'un vincolo d'obbligazione. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni*.

---

(1) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Echange*, n. 46. Confronta DUVERGIER, *Vendita*, t. II, p. 562, n. 417.

(2) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Echange*, n. 47.

APPENDICE

Studio di legislazione comparata sul trattato della vendita nel codice italiano, in rapporto al codice francese.

I.

Determino innanzi tutto lo scopo ed i limiti di questo mio lavoro. Esso è nato con la destinazione di costituire un'appendice al trattato del Laurent sulla vendita nel codice di Napoleone, studio completo per vastità di ricerche e di dottrina, per analisi acuta e minuziosa di ogni quistione, analisi che abbraccia tutto il largo movimento giuridico scientifico svoltosi in Francia ed in Belgio dall'epoca dei dottori fin'oggi.

Il nostro codice nel regolare i rapporti contrattuali di vendita ha tratto i criterî sistematici fondamentali del codice francese, riprodotti poi dalle diverse legislazioni, che vigevano nei varî Stati d'Italia fino al 1866. Di modo che il carattere giuridico della vendita, i suoi elementi costitutivi, gli obblighi che ingenera in rapporto al venditore ed al compratore, le diverse cause di nullità e di risoluzione sono definite e regolate dalle medesime norme generali, sancite dal legislatore francese.

Abbiamo delle sezioni, come quelle sulla tradizione della cosa, sulla garanzia, sul riscatto convenzionale, che salvo leggiere eccezioni riproducono integralmente, quasi letteralmente, le disposizioni del codice francese. Il nostro legislatore però nell'applicare ai numerosi rapporti giuridici, che determinano il contratto di vendita o sono da esso determinati, e che non siano questi qui su cennati, le norme generali fermate dal codice francese, riprodotte dall'Albertino, se ne distacca sovente, apportandovi delle gravi ed importantissime innovazioni, le quali in gran parte dettate da profondo senno giuridico, da pratiche esigenze sociali ed economiche segnano un notevole

progresso nel movimento legislativo europeo. Di esse esclusivamente mi occuperò, poichè credo che sarebbe addirittura un fuor d'opera trattare anche il resto regolato, come dicevo, dalle identiche norme dettate dal legislatore francese. Il lavoro del Laurent è sufficientissimo, non ammette altre indagini e considerazioni, le quali d'altronde non risponderebbero allo scopo di questo mio studio.

Il sistema, che credo il migliore, e che quindi seguirò è questo. Noterò le disposizioni diverse dei due codici, ed i motivi, che le determinano, ed esporrò gli argomenti per cui reputo preferibili le une o le altre. Dopo di che esaminerò il contenuto delle sole disposizioni del codice italiano, le quistioni cui danno luogo, le opinioni dei nostri civilisti, le decisioni della giurisprudenza. Tutto ciò con la maggiore brevità possibile.

II.

Degli elementi essenziali all'esistenza della vendita.

Così pel codice francese, come per l'italiano, gli elementi essenziali all'esistenza della vendita sono tre: consenso, cosa e prezzo.

I nostri civilisti e la giurisprudenza quasi concorde reputano, che il nostro legislatore abbia aggiunto un quarto elemento, la forma; ma a noi questo non sembra esatto; e reputo, che la forma sia elemento necessario alla validità non all'esistenza dell'atto. È quistione che tratterò in seguito.

1.° *Consenso.* — Della sua efficacia, degli oggetti su cui deve cadere dispone nel codice francese l'art. 1583 riprodotto integralmente dall'art. 1448 del codice italiano.

Una importantissima quistione nasce sul carattere e sugli effetti della promessa di vendita sinallagmatica. In essa il consenso delle parti è rivolto a costituire una vendita attuale, ovvero una vendita futura? Opera il trasferimento di proprietà nel compratore, ovvero no?

L'art. 1589 del codice francese dispone: La promessa di vendere equivale alla vendita, quando esiste il consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo. Il codice delle Due Sicilie (art. 1434), il parmense (art. 1394), l'estense, l'albertino (art. 1595) riprodussero la disposizione del codice francese. Il nostro legislatore la sopprime. Ciò non per tanto i nostri civilisti, e la nostra giureprudenza opinano, che la norma sancita dal codice francese debba applicarsi anche per le nostre leggi.

Noi riteniamo al contrario, che secondo il nostro codice la promessa di vendita sinallagmatica vada regolata in modo

speciale da criterî diversi da quelli fermati dal legislatore francese.

2.° Ed innanzi tutto come va interpretato l'art. 1589 del codice di Napoleone? Gli scrittori non sono concordi. Si disputa, per determinare in qual senso debba intendersi, che la promessa di vendita equivale alla vendita. Laurent, Colmet de Santerre, t. VII, p. 17, n. 10 *bis*. Mourlon (*Traité de la transcription*, p. 84, n. 38). Zachariae, II, p. 86, Duvergier, vol. I, n. 124 e seg., vol. 24, n. 21 e seg., Aubry e Rau, t. IV, p. 332, Duranton, vol. 9, p. 24, Demante, vol. 1, interpretano letteralmente l'articolo di legge. Stabiliscono di conseguenza, che la promessa di vendita, quando vi sia il consenso sulla cosa e sul prezzo, abbia tutti i caratteri e produca quindi tutti gli effetti della vendita perfetta, che trasferisca cioè, dal momento che è stipulata, la proprietà della cosa, la cui vendita si promette, al compratore, mettendola a suo rischio e pericolo, e dia contro la parte inadempiente il diritto alla pronta esecuzione.

Marcadé, vol. 4, 348, Troplong (*Vendita* sull'art. 1589 Toullier, t. V, n. 92, p. 60, Carré, Pothier, v. *Vend.*, sostengono al contrario, che cioè la promessa di vendita non trasferisca *ex illico* la proprietà, che rimane al venditore, il quale può quindi liberamente disporne.

Reputano, che essa equivalga alla vendita nel senso, che ognuna delle parti abbia il diritto di costringere in seguito l'altra all'adempimento del contratto.

Se la cosa è ancora presso il venditore inadempiente, il compratore ha il diritto di ottenere contro di lui condanna di rilascio. Se però egli ne ha disposto altrimenti, non è tenuto, che al risarcimento dei danni.

3.° Quale delle due interpretazioni è conforme al testo?

La seconda è sorretta dalle seguenti ragioni:

a) Nell'antica dottrina precedente alla compilazione del codice si disputava per stabilire, se la promessa di vendita desse diritto al compratore ad ottenere sentenza di condanna, a stipulare il contratto di vendita, ovvero al semplice rifacimento dei danni. Henri, 283, Bretonnier, Catellau, t. 21, 5, c. 4, Bonifacio, t. 11, L. C. c. 1, Brillon, v. *Vendita*, Brousseau, v. *prom.*, Lapeyriere *C.* v. 27, propugnavano questa seconda opinione. Boiceau, Danty, *delle prom.*, p. 470, Cochin, t. V, p. 160, Ferrières, *prom di vend.* Pothier, *vend.*, sostennero la prima, e ad esprimerla con maggiore efficacia usarono la espressione, che la promessa di vendere è *effettivamente una vendita.* La giurisprudenza concorde adottò questo criterio.

Sotto l'influenza di così antica e vivacissima lotta fu redatto l'art. 1589. Con esso il legislatore decise di troncarla, consacrando recisamente il principio sostenuto dal Danty, dal Ferrières e da altri.

Per il codice francese quindi la promessa di vendita equivale alla vendita non nel senso, che trasferisca immediatamente la proprietà nel compratore, non essendo ciò consentito dalla dottrina che il codice ha seguìto, bensì nel senso, che crei l'obbligo di eseguire la vendita futura (Troplong, p. 104, Toullier, t. 9, n. 91, Marcadé, v. IV, p. 349).

b) Dall'insieme dei lavori preparatorî, e specialmente dall'esposizione dei motivi del Portalis, e dalle osservazioni del Malleville, che fu uno dei redattori del codice, risulta, come questi ebbero in mente di sancire il principio suddetto.

c) La legge verrebbe meno al suo scopo, se volesse disconoscere la libera determinazione della volontà dei contraenti, i quali intendono di effettuare la vendita non attualmente, ma in tempo futuro (Marcadé, v. IV, p. 349 e seg.).

4.° A sostegno della prima opinione si adducono i seguenti argomenti:

a) La legge si esprime in termini chiari e precisi. Se essa stabilisce, che la promessa di vendita equivale alla vendita, ciò vuol dire, che ne ha tutta l'efficacia, e ne produce tutti gli effetti, il primo dei quali è il trasferimento immediato della proprietà.

b) Il Portalis (Locré, t. VII, p. 71), il Faure (Locré, t. VII, p. 90) danno all'art. 1589 questo significato.

c) La dottrina precedente al codice incerta e confusa su questo punto fu abrogata dal medesimo.

d) Ammesso pure, che l'art. 1589 ne consacrò i criteri, bisogna osservare, che prima della formazione del codice la nuda convenzione di vendita non seguìta da tradizione non trasferiva la proprietà. Era logico quindi, che la promessa di vendita neanche producesse questo effetto. Il codice al contrario ha fermato il principio, che stabilitosi il consenso dei contraenti sulla cosa e sul prezzo, la proprietà è immediatamente trasferita nel compratore. La promessa di vendita per conseguenza equiparata alla vendita, quando concorrono i requisiti suddetti, produce, in seguito della innovazione apportata dal codice, il medesimo effetto.

5.° Io giudico che questa seconda interpratazione riveli il concetto esatto della legge. Essa è chiara e precisa nella sua dicitura, e se si volesse seguire la prima interpretazione, il suo concetto sarebbe completamente falsato, perchè la promessa di vendita non equivarrebbe per nulla alla vendita. Essa costituirebbe una obbligazione di fare di natura speciale, ed è per principio comune di diritto, che questa non si risolva in danni ed interessi, se non quando ne dipenda l'esecuzione dalla volontà del debitore, e l'obbligazione di consegnare la cosa venduta od il prezzo può venire eseguita coattivamente con sentenza del magistrato.

Non vi sarebbe stato bisogno quindi, per determinare questo principio, di dire che la promessa di vendita equivalga alla ven-

dita. Evidentemente il legislatore, usando simile espressione, ha voluto che l'una operi *ex illico* il trasferimento della proprietà come l'altra, poichè è appunto questo il carattere che può autorizzarci a dire la promessa di vendita equivalente alla vendita. Non è accettabile la supposizione del Troplong (p. 105, *vend.*), che la commissione incaricata della redazione del progetto, nel compilare l'art. 1598, non abbia posto mente al nuovo principio del trasferimento di proprietà in base del solo consenso, ed abbia usato quindi una dicitura inesatta, perchè smentita decisamente dalle dichiarazioni dei *compilatori* medesimi. Il Portalis (Locré, vol. VII, p. VIII, n. 11) infatti dichiara che nella promessa di vendita vi ha tutto quello che appartiene alla sostanza della vendita. Il Faure (IX, n. 9), che la prima ha la stessa forza della seconda, ed il Grenier (X, n. 9), che la promessa contiene una vendita, e ne ha tutti gli effetti, benchè sotto una denominazione diversa.

Non credo si possa esigere maggiore chiarezza di questa. Per il codice francese quindi la promessa di vendita è vendita attuale e perfetta, trasferendo immediatamente la proprietà nel compratore.

6.° Il nostro codice non tratta della promessa di vendita. Non sappiamo approvare questo silenzio, che non è spiegato in alcun modo, nè dalla relazione del guardasigilli, nè dalla commissione senatoria, mute su tale punto.

Il Mazzoni lo spiega e lo giustifica osservando, che il principio consacrato nell'art. 1589 del codice francese costituiva tra noi prima della compilazione del codice una norma di giureprudenza comune; ogni disposizione quindi era inutile. (*Vendita*, vol. I, p. 47).

Non ne pare in verità una buona ragione cotesta. Uno dei fattori di un codice di leggi è costituito appunto dalla precedente giureprudenza. Ed è strano asserire che la prova di essere stati i principî da essa definitivamente stabiliti, accolti dal codice, consista nell'averli il medesimo taciuti. Si noti d'altronde, che questa era giureprudenza formata sul codice francese, sull'albertino, su quello delle due Sicilie, che testualmente consacravano il principio per troncare ogni disputa. Perchè il legislatore italiano intenzionato di conservarlo, lo avrebbe reso di bel nuovo disputabile, sopprimendo l'articolo che lo dichiarava? Non è dunque quella esposta dal Mazzoni la ragione del silenzio del nostro codice. Se in esso non troviamo riprodotta quella disposizione sancita da tutti i codici antecedenti, abbiamo il diritto di affermare che abbia inteso così di abrogarla.

Avremmo desiderato però una nuova disposizione che dichiarasse nettamente la norma da sostituirsi. Ad ogni modo il silenzio del nostro codice ci concede di trattare liberamente la quistione, imperocchè ci troviamo di contro una disposizione così recisa, come quella contenuta dall'art. 1589 del cod. franc.

7.° C'importa innanzi tutto di notare che la promessa di vendita può avere una esistenza giuridica, come convenzione, diversa dalla vendita, rappresentando l'unione di due promesse unilaterali producendo in rapporto ai contraenti i medesimi effetti, che queste determinano isolatamente.

I rapporti della vita sociale ed economica non possono forse consigliare i contraenti a vincolarsi per l'effettuazione di una vendita, ma in un tempo futuro, determinato o indeterminato che sia? Non possono trovare essi vantaggiosa la vendita, ma opportuno, anzi indispensabile di non spogliarsi immediatamente l'uno della proprietà della cosa, l'altro del prezzo? E si noti che quasi tutti gli scrittori i quali sostengono la tesi contraria alla mia riconoscono la esistenza giuridica di una convenzione cosifatta, benchè solo nel caso che essa risulti espressamente dalla volontà delle parti (Laurent, vol. 24, p. 31; Duvergier, vol. 1, p. 53; Borsari, vol. 4, p. 1, p. 226; De Filippis, vol. 8, p. 29).

Dimodochè la quistione bisogna porla in questi termini. Se le parti non dichiarano espressamente la loro volontà, ma ciononpertanto usano in tutto il corpo del contratto la espressione *promessa di vendita*, ed il contratto non è seguito nè dalla tradizione della cosa nè dal pagamento del prezzo, costituisce esso una vendita perfetta con trasferimento immediato di proprietà e di ogni rischio e pericolo nel compratore, ovvero una semplice obbligazione di fare, di effettuare cioè una vendita in un tempo futuro?

8.° Tutti i civilisti italiani, quasi tutti gli scrittori francesi, e la nostra giurisprudenza quasi concorde, sostengono la prima opinione. Gli argomenti che adducono sono i seguenti:

a) Nei contratti di vendita spesso le parti usano la espressione *prometto di vendere, prometto di comprare,* senza che vi diano però un significato speciale, senza cioè che intendano di dar vita ad un contratto diverso dalla vendita (Demante, Mazzoni, vol. 12, p. 48; Ricci, vol. 7, n. 102; Laurent, vol. 24, p. 29, Zachariae, pp. 348-484, Duranton, XVI, 51, Favard, v. *Vend.*, § 4, De Villerguez, vol. VIII, n. 14).

b) Ogni vendita contiene una promessa scambievole obbligatoria di dare, perchè non è necessaria alla validità dell'atto la dazione istantanea (Borsari, v. *C.*, p. 266).

c) Quando vi ha consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo concorrono tutti gli elementi richiesti dall'art. 1448, perchè si abbia una vendita perfetta (Argomento addotto comunemente da tutti gli scrittori e da tutta la giureprudenza).

d) Poichè la promesssa in caso d'inadempimento non si risolve come ogni altra obbligazione di fare, che dipenda dalla volontà personale del debitore nel risarcimento dei danni, ma nell'esecuzione volontaria o coatta della consegna della cosa

promessa, essa contiene il germe certo dell'obbligazione di consegnare; equivale quindi alla vendita perfetta e trasferisce *ex illico* la proprietà (Duvergier, vol. 1, n. 124; Duranton, n. 51, vol. 9).

9.° Crediamo che questi argomenti perdano ogni importanza, quando si facciano le seguenti considerazioni:

a) Stabilito che la promessa di vendita può sussistere come un contratto particolare, diverso da quello di vendita, bisogna ritenere che le parti, usando la espressione *promessa,* abbiano inteso di stipulare il primo e non il secondo. La presunzione contraria è perfettamente arbitraria.

Non si mette in dubbio che possano i contraenti, avendo il proposito di compiere una veedita attuale, usare la espressione di *promessa,* ma questo loro proposito deve risultare dall'atto. E si noti che, se effettivamente esiste, certamente risulterà, perchè le parti non mancheranno di accennare, come si usa in ogni contratto di vendita, all'immediato trasferimento di proprietà, alla pronta consegna della cosa ed al pronto pagamento del prezzo, ovvero all'epoca in cui dovranno effettuarsi, e ad altre circostanze dalle quali apparirà che esse intendono di effettuare una vendita, e non un compromesso di vendita. Se tutto ciò manca bisogna star fermi alla espressione usata dai contraenti che non ha un significato indifferente, ma indica una convenzione speciale di fare. In tal guisa ci spieghiamo come la nostra giureprudenza costantemente decida in conformità dell'art. 1589 del codice francese. In quasi tutti i contratti di promessa di vendita, causa di liti, e che han sollevato la quistione, di cui ci occupiamo, la volontà delle parti di stipulare in realtà una vendita perfetta, risultava non dal solo consenso sulla cosa e sul prezzo, ma dall'insieme, e da clausole speciali del contratto. Corte di appello di Genova, 16 marzo 1884, 20 settembre 1882, Corte di appello di Parma, 18 febbraio 1870, Cass. Firenze 1883, 18 giugno, 29 dicembre 1870, Cass. Torino, 6 giugno 1873.

È si noti che non mancano decisioni nel senso da noi sostenuto, rese su contratti di promessa di vendita nei quali le parti non dichiarino espressamente di voler vincolarsi per una vendita da effettuarsi, ma non lasciano egualmente comprendere di voler dar vita ad una vendita attuale. Trib. di Monteleone, 1.° aprile 1874, Cass. di Torino, 25 settembre 1883. Quest'ultima consacra formalmente i principii da noi sostenuti.

La nessuna importanza giuridica che i nostri scrittori riconoscono nella promessa di vendita è perfettamente arbitraria, perchè rivolta a disconoscere una determinazione della libera volontà individuale ed a escludere dalla vita economica un rapporto contrattuale importantissimo e comune quanto quello di promessa unilaterale.

b) Nessuno osa porre in dubbio che la vendita in base dell'art. 1448 si perfezioni col solo consenso, ed ammettiamo pure che contenga quindi una promessa di consegnare la cosa ed il prezzo, benchè, lo facciamo notare al Borsari, la vendita in forza dell'art. 1447 faccia di ciò *un obbligo*. Ad ogni modo essa conterrebbe una promessa, conseguenza della sua esistenza e relativa alla sua esecuzione semplicemente, laddove nella promessa di vendita i contraenti promettono, non di eseguire la vendita, ma di dar vita al vincolo giuridico che ne costituisce la essenza.

c) Riconosco egualmente che nella promessa di vendita concorrono i tre elementi medesimi che costituiscono l'essenza della vendita, consenso, cosa e prezzo. Ma non mi pare questa una ragione decisiva, come si pretende, per asserire che l'una equivalga all'altra. Reputo che i nostri civilisti siano caduti in un facile, ma grave equivoco. Il consenso è elemento essenziale di ogni contratto; ed è logico che nella promessa, come nella vendita, esso cada sulla cosa e sul prezzo, perchè l'oggetto dell'obbligazione consiste appunto nel vendere e nel comprare.

La differenza tra i due contratti è questa. Nel secondo il consenso si determina ad effettuare una vendita attuale con il trasferimento immediato della proprietà nel compratore, nel primo una vendita futura, conservata quindi la proprietà in chi promette di vendere, finchè essa non è effettuata. È l'indole speciale di questa obbligazione di fare che fa nascere l'equivoco e che in pari tempo lo risolve.

d) Riconosciamo col Duvergier che la promessa di vendita contiene il germe dell'obbligo di consegnare la cosa, ma non per questo fin da quando si costituisce equivale a vendita perfetta, e trasferisce *ex illico* la proprietà al compratore.

L'illustre scrittore pone come premessa la conseguenza, e viceversa. L'obbligo della consegna non è causa, ma effetto della vendita perfetta e del trasferimento di proprietà.

Bisogna definire nettamente i rapporti giuridici determinati dalla promessa sinallagmatica.

Essa rappresenta l'incontro di due promesse unilaterali, intimamente colligate tra loro, di guisachè l'uno dei contraenti promette di vendere ed accetta la promessa di comprare, l'altro accetta la promessa di vendere e promette di comprare.

Il primo non ha ancora gli obblighi del venditore, perchè la vendita non esiste, fintantochè chi ha semplicemente *promesso* di *comprare* non dichiari di *voler comprare,* perchè egli non ha consentito, ma solo promesso di assumerli, quando vi sarà tale dichiarazione e non ha di fronte un compratore che abbia acquistato quei diritti cui rispondono tali obblighi. Al momento in cui questa fa la dichiarazione suddetta, la promessa di ven-

dere si trasforma in obbligo che o sarà eseguito volontariamente dal venditore, o coattivamente per mezzo di sentenza del magistrato. È a questo momento che la vendita diviene perfetta, la proprietà è trasferita, e di conseguenza l'obbligo della consegna che nella promessa è in germe si determina definitivamente.

10.° Il criterio errato dei nostri civilisti si accentua maggiormente, quando affermano finanche che la promessa a termine costituisca una vendita attuale.

Essi dicono: il termine sta ad indicare che le parti hanno inteso di legarsi immediatamente di maniera che la vendita sia perfetta e l'esecuzione solamente differita. Riconoscono che può indicare ancora il momento in cui essa comincerà ad avere esistenza, ne esigono però la espressa dichiarazione dei contraenti (Laurent, vol. 24, p. 31; Mazzoni, p. cit.).

Se questa manca, il termine in una promessa di vendita non può avere che il primo significato.

Concetto errato a noi pare per le tre seguenti ragioni:

a) Il termine nella promessa è l'indizio il più evidente che le parti intendono di vincolarsi per una vendita futura, e tronca ogni dubbio che possa nascere sul significato giuridico o semplicemente grammaticale della espresione usata dai contraenti, affermando il primo.

b) Perchè quindi si possa decidere che si tratti di promessa di vendita non è necessaria altra più esplicita dichiarazione di volontà, indispensabile al contrario perchè si possa affermare che essa contenga una vendita attuale e che il termine sia relativo alla esecuzione.

c) Il suo carattere d'altronde certamente è chiarito dal modo come le parti esprimono la loro volontà. Se infatti esse dicono: Promettiamo di vendere e di comprare, ma tra due anni ci obblighiamo a consegnare la cosa, a pagare il prezzo, è chiaro che intendono di compiere una vendita attuale, differendone a due anni la esecuzione. Ma se si esprimono così: Promettiamo di vendere e di comprare tra due anni, può mettersi in dubbio non intendano di obbligarsi che per una vendita da costituirsi tra due anni?

Evidentemente l'opinione generale dei nostri civilisti e della nostra giureprudenza contraria a quella che noi sosteniamo è stata determinata dal falso convincimento che il codice italiano, pur sopprimendo l'art. 1589 del codice Albertino, abbia conservato in vigore la norma in esso racchiusa. Noi al contrario ci avvisiamo in base delle considerazioni svolte che il nostro legislatore col suo silenzio abbia inteso di riconoscere nella promessa di vendita il suo vero carattere di obbligazione di fare, di natura identica a quella della vendita, salvochè in questa il vincolo giuridico è immediatamente costituito, in quella è da costituirsi.

11.° Quali sono gli effetti della promessa di vendita? Quelli di ogni altra obbligazione di fare. Essa non opera trasferimento di proprietà; chi promette di vendere quindi può liberamente disporre della cosa promessa. Ogni alienazione, ipoteca e servitù è efficace in rapporto ai terzi. Se si è apposto un termine, dopo la sua scadenza, ciascuno dei contraenti può costringere l'altro a stipulare il contratto di vendita; se termine non vi è, tal diritto si ha dal giorno della promessa.

Se il venditore conserva ancora il dominio della cosa e si rifiuti di passare al contratto di vendita, il compratore può costringerlo con sentenza del magistrato. Se al contrario la cosa è già venduta ad altri, o gravata di pesi, egli non può chiedere la rescissione degli atti operati. Nel primo caso agirà per il risarcimento dei danni, nel secondo per il risarcimento dei danni solamente o per la stipulazione della vendita insieme, se gli convenga.

12.° *Cosa.* — Di essa tratta il codice francese negli articoli 1598, 1599, 1600, 1601. Il nostro codice negli articoli 1459, 1460, 1461 riproduce le norme dal primo stabilite, salvo una modificazione relativa alla vendita della cosa altrui, di cui ci occuperemo nel capitolo seguente sugli elementi essenziali alla validità della vendita, essendo quella della cosa altrui non inesistente, ma nulla.

13.° *Prezzo.* — I medesimi criterî dai quali viene regolato negli articoli 1591, 1592 del codice francese sono contenuti negli articoli 1454, 1455 del nostro codice. Bisogna però notare una innovazione apportata dal medesimo.

Nel secondo capoverso dell'art. 1454 è detto: Può anche pattuirsi che la scelta (del terzo che dovrà determinare il prezzo) sia fatta posteriormente d'accordo dalle parti, purchè venga espresso nella convenzione che, non concordando le parti, la scelta venga fatta dal pretore o dal conciliatore, ecc.

Manca questa disposizione nel codice francese. Essa lascia ancora maggiore libertà ai contraenti nella determinazione del prezzo. Il legislatore ha considerato che al momento della vendita possono trovarsi nella condizione di non avere ancora scelta di accordo una persona di comune fiducia che debba stabilirlo.

Quindi permette che venga scelta dopo che la vendita è stipulata. Esige però che la determinazione del prezzo sia sicura, altrimenti vendita non esisterebbe, mancando uno dei suoi elementi essenziali. Pattuito che la scelta sia fatta posteriormente alla stipulazione del contratto, potrebbero le parti non essere d'accordo, o alcuna di esse rifiutarsi. Il legislatore quindi riconosce efficacia giuridica al patto relativo al prezzo ed è di conseguenza al contratto medesimo, quando si sia stabilito che, non concordando le parti, la scelta sia fatta dal giudice, poichè solo così il vincolo giuridico è perfetto, e la determinazione del prezzo non potrà mancare.

Il nostro codice in tal modo tronca una questione cui dava origine il silenzio dell'art. 1592 del codice francese. Scrittori eminenti, come il Duvergier, vol. I, p. 181, ed il Troplong, *Vend.*, sull'art. 1592, sostenevano che, stabilito nel contratto di farsi di accordo la scelta della persona destinata a stabilire il prezzo, posteriormente possa il giudice nominarla ad istanza di una delle parti, sul rifiuto o nel disaccordo dell'altra, benchè tale facoltà non gli sia stata espressamente riconosciuta dalle parti. Il medesimo criterio era consacrato in un art. 1398 del codice parmense. Il nostro legislatore, riproducendo la disposizione del codice Albertino, esige assolutamente che la facoltà della nomina sia deferita al giudice dalle parti di accordo nel contratto.

Potrebbe nascere qualche dubbio, leggendo i processi verbali della commissione incaricata di compilare il codice Albertino, dove il concetto della legge è spiegato in difformità del testo ed in conformità di quell'articolo del codice parmense Mot. del Cod., II, 447. Però siamo d'accordo col Mazzoni nell'avviso che bisogna attenersi senz'altro a quanto dispone il testo in modo chiaro e reciso, e ritenere come inesatta la formula usata dalla commissione.

La disposizione del nostro art. 1454 contiene una conferma del principio che il contratto deve essere determinato in tutti i suoi elementi dal libero consenso dei contraenti. Sono essi che hanno il diritto di determinare il prezzo o la persona che dovrà stabilirlo. Sarebbe un arbitrio ed una deroga a quanto è sancito dal nostro codice a garanzia del consenso, se nella costituzione di un rapporto privato esso potesse venire sostituito dall'autorità del giudice. È questa la interpretazione che tutti i nostri civilisti danno all'articolo in esame.

Notiamo appena che, pur mancando la clausola espressa da esso richiesta, la vendita diverrà perfettamente valida, nel caso che le parti in seguito si accordino sulla nomina del perito.

14.° Si presenta però la seguente quistione. Manca la clausola, la vendita è nulla; ma si è costituita in sua vece un'obbligazione di fare, diguisachè, se una delle parti rifiuti di nominare il perito, l'altra abbia diritto al risarcimento dei danni?

Il Laurent, vol. cit., n. 76, riproducendo l'avviso del Duvergier, n. 153, vol. 1, la risolve affermativamente. I nostri scrittori non la trattano. Io mi permetto di dissentire dall'illustre civilista. Quale sarebbe questa obbligazione di fare? La nomina del perito. Ma questa non costituisce un rapporto di diritto isolato, al contrario intimamente connesso a quello di vendita, nel quale trova la sua causa e la sua ragione giuridica di essere, perchè relativo ad uno degli elementi sostanziali della medesima, dimodochè, se il secondo non esiste, il primo non può formare la base di un'obbligazione. E la legge dichiara che

quando non sia al momento della vendita determinato il prezzo o la persona che dovrà stabilirlo, indicata dalle parti direttamente o per loro accordo dal giudice, la vendita è inesistente.

15.° La scrittura è nel contratto di vendita d'immobili oltre il consenso, la cosa ed il prezzo, altro elemento essenziale alla sua esistenza? È questa una quistione di somma importanza scientifica e pratica. Tutti i civilisti italiani ed una parte della nostra giurisprudenza sostengono l'affermativa.

Io penso diversamente. Su questo punto il nostro legislatore si è allontanato dal sistema del codice francese. Questo nell'art. 1583, 2.° capoverso dispone potersi fare la vendita tanto per autentico che per scrittura privata. È questa per opinione generale di tutti gli scrittori francesi una facoltà che la legge concede ai contraenti, e non un obbligo che loro imponga.

La scrittura quindi non è che un mezzo di prova. La vendita verbale è giuridicamente esistente, e sono applicabili, come per ogni altro contratto, le norme comuni stabilite negli articoli 1341, 1346, 1350, intorno all'ammissione della prova testimoniale, al principio di prova per iscritto, ai casi d'impossibilità da parte del venditore di procurarsi il titolo; da ciò consegue egualmente che se l'oggetto della vendita è di un valore superiore alle centocinquanta lire, la vendita verbale è perfettamente valida, se riconosciuta con confessione giudiziale o con giuramento, se espressamente o tacitamente confermata.

16.° Nel nostro codice al titolo della vendita non vi è alcuna disposizione intorno alla forma. E sarebbe stata superflua, essendosi di già stabilito nella parte generale dei contratti. art. 1314, che debbano farsi sotto pena di nullità per atto pubblico o per scrittura privata, le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili.

Per il nostro codice, a differenza del francese, non può risultare la vendita che da scrittura. La prova testimoniale non è ammessibile, qualunque sia l'oggetto del valore venduto, concorra o non concorra un principio di prova per iscritto; il giuramento è espressamente escluso dall'art. 1364.

17.° Ma la scrittura è richiesta per le nostre leggi *ad probationis,* ovvero *ad solemnitatis causam?* È un mezzo di prova, ovvero un elemento essenziale alla esistenza del contratto? La dottrina e la giurisprudenza, come ho notato innanzi, sono quasi concordi nel sancire questa seconda opinione. La svolgono largamente il Mazzoni (*Ist.*, vol. 5, append.), il Loru (*Gazz. dei Trib. di Genova,* XXI, 4, 557), il Maierini (*Giur. Ital.* 1, 2, 73), il Reggio (*Gazz. dei Trib. di Napoli,* XXII, p. 310), il Borsari (vol. III, art. 1341). Il Ricci ed il Cannada Bartoli in un ultimo suo pregevole lavoro sulla ratifica, riguardo alla inesistenza ed alla prescindibilità degli atti giuridici: han sostenuto la teoria opposta il Rossi (*Gazz. dei Trib.*, XXII, 330), ed il Natoli (*Archivio giur.*, XII, 445).

A me pare che nè l'una, nè l'altra siano conformi allo spirito della legge. Esse sono fondate su criterî poco esatti intorno allo scopo pratico, cui è destinata nel nostro codice la scrittura nei contratti, per i quali non è richiesto a pena di nullità l'atto pubblico, benchè, come a me sembra, dall'esame dei lavori preparatorî esso risulti chiaramente. Parecchi degli illustri scrittori, che ho testè nominati, hanno accolto a metà, e spesso anche falsato i criterî esposti nei verbali della Commissione Senatoria, e nella relazione del Guardasigilli, piegandoli alla dottrina da loro propugnata.

18.° L'art. 1412 del codice Albertino richiedeva per la validità della vendita l'atto pubblico, e l'art. 1413 disponeva che in mancanza del medesimo il contratto si avrebbe per non avvenuto, e nell'art. 1589 era dichiarato i modo speciale che la vendita dovesse considerarsi perfetta al momento che si fosse convenuto, ***nelle forme volute dalla legge***, sulla cosa e sul prezzo. È dunque evidente che la scrittura era richiesta per ragione di ordine pubblico, ***ad solemnitatem***, come elemento essenziale alla esistenza della vendita.

Il nostro codice ha sancito un diverso criterio. Non esige l'atto pubblico che per la donazione, e per il contratto di matrimonio. Per gli altri enumerati nell'art. 1314 dichiara sufficiente la scrittura privata, dispone che sia richiesta a pena di nullità, ma non che in sua mancanza il contratto si abbia per non avvenuto; anzi nell'art. 1448 stabilisce che la vendita è perfetta, al momento che si è consentito sulla cosa e sul prezzo. Per il nostro codice dunque la scrittura non è richiesta ***ad solemnitatem***, è elemento essenziale esclusivamente alla esistenza del contratto di matrimonio, e della donazione, non degli altri atti indicati nell'art. 1314.

Il Mazzoni vuol dimostrare che esso ha mutato la disposizione e la dicitura degli articoli del codice sardo, ma ne ha riprodotto integralmente il concetto. Però il suo ragionamento è sfornito di ogni base giuridica.

Egli dice: Il codice Albertino considera come non avvenuto il contratto, per cui è richiesta la scrittura pubblica, se questa manca. Il codice Italiano dichiara necessaria la scrittura privata per gli atti indicati nell'art. 1314 sotto pena di nullità; è dunque la medesima norma espressa sotto forme diverse. Ciò non è esatto. Il nostro legislatore non avrebbe trasformato la dicitura degli articoli del codice Albertino, senza alcuna ragione, e la ragione vi è. La espressione ***il contratto si ha come non avvenuto*** usata nell'art. 1413 del cod. Albertino non lascia dubitare che esso debba considerarsi inesistente. Il nostro codice invece lo dichiara nullo, non riproducendo l'espressione qui su accennata. E, tra l'atto nullo e l'inesistente, ognuno sa quali differenze giuridiche vi siano. È vero che il nostro legislatore non determina con precisione quali siano gli atti inesistenti, e quali i nulli, usando la parola nullità, per riferirla

ora ai primi ed ora ai secondi, ma si noti che nel primo caso non trascura di chiarire, essere l'atto nullo nel senso che non abbia alcuna esistenza giuridica. D'altronde si comprende, come la diversa espressione usata dal nostro codice indichi un criterio diverso, quando si consideri che esso non esige per gli atti notati nell'art. 1314, se non la scrittura privata, la quale non imprime loro il carattere di atti solenni, e non costituisce quindi un elemento essenziale alla loro esistenza. La esplicita dichiarazione dell'art. 1413 del codice Albertino è una conseguenza del non potersi fare gli atti indicati, se non per atto pubblico. Non senza ragione il nostro legislatore lo ha soppresso.

19.° L'argomento principale che si adduce dagli scrittori, i quali sostengono che per tutti gli atti, per i quali è richiesta la scrittura, la sua mancanza li renda inesistenti, è tratto dall'art. 1310. Questo, essi dicono, non pone alcuna distinzione, si esprime in termini generali, ha troncato di netto le quistioni sorte sotto l'impero del codice francese, nel quale l'articolo 1399 consacrava il medesimo principio, in rapporto però alla sola donazione, e comprende tutti gli atti notati nell'art. 1314.

A me pare al contrario che l'art. 1310 si riferisca esclusivamente alla donazione ed al contratto di matrimonio, e non a tutti gli altri atti, per i quali è richiesta la scrittura privata sotto pena di nullità. Infatti esso parla di vizi di atti nulli in *modo assoluto,* per difetto di formalità; non si applica quindi agli atti semplicemente nulli, altrimenti la espressione in *modo assoluto* non avrebbe ragion di essere. Il legislatore evidentemente intende parlare degli atti inesistenti per difetto di scrittura pubblica e non di quelli semplicemente nulli per mancanza di scrittura privata, della donazione, e del contratto di matrimonio cioè, non delle convenzioni indicate nell'art. 1314, tra cui è la vendita.

20.° Il Mazzoni comprende l'importanza della innovazione contenuta nell'art. 1314 del nostro codice, in rapporto agli articoli 1412 e 1413 dell'Albertino, e ricorre ai lavori preparatorii, per dimostrare sui criterii esposti dal De Foresta (Proc. verb. p. 399), che anche la scrittura privata è richiesta dall'art. 1314 per ragioni di ordine pubblico, essendo destinata ad assicurare la maggiore esattezza e stabilità delle proprietà immobiliari, ed a rimuovere liti inestricabili che in sua mancanza sorgerebbero.

E questo duplice fine si ottiene convenendosi in modo preciso e certo sulle indicazioni dello stabile, sulle servitù attive e passive, sulla libertà o no dei beni, sulle evizioni e su tanti altri oggetti che è impossibile vengano ben precisati oralmente.

Ma i concetti del De Foresta sono in tal guisa falsati. Egli sostenne la necessità assoluta della scrittura per queste ultime

ragioni riprodotte dal Mazzoni; ne trattava però in rapporto ai soli contraenti, e nel loro esclusivo interesse. Dichiarò, diversamente di come il Mazzoni asserisce, che essendo di sommo interesse pubblico la esattezza e la stabilità delle proprietà immobiliari, avrebbe desiderato che la proprietà non potesse trasferirsi, se non per atto pubblico, che però l'idea di lasciar libera ad ognuno entro certi confini la tutela dei propri interessi lo consigliava ad accettare la scrittura privata. Questa dunque non è destinata a garentire interessi di ordine pubblico, ma puramente privati. Si noti d'altronde che la esattezza e la stabilità della proprietà immobiliare, considerata non in rapporto ai contraenti, ma ai terzi, l'interesse dei quali determina, principalmente ogni disposizione di ordine pubblico è assicurata e garentita dalla necessità della trascrizione degli atti relativi alla medesima, di guisa che la mancanza della scrittura privata e la validità della vendita verbale non pregiudicherebbero i loro diritti. In tutti i lavori preparatori del nostro codice è sostenuta la necessità della scrittura con ragioni che riguardano esclusivamente gl' interessi particolari dei contraenti. Essa dunque non è richiesta *ad solemnitatem* per gli atti indicati nell'art. 1314.

21.° Ma è richiesta esclusivamente *ad probationem?* Costituisce un mezzo di prova, e non altro? Non è neppure questo il nostro avviso.

Le ragioni che han determinato il legislatore ad esigere, per i contratti concernenti la proprietà stabile, la scrittura sotto pena di nullità, sono due: 1.° La garanzia ed il perfezionamento che il consenso trova nell'atto scritto; 2.° La necessità di avere di tali convenzioni una prova diretta, completa, sicura ed imparziale. Questi due concetti li troviamo uniti, ma distinti in tutti i lavori preparatori del nostro codice.

Nelle discussioni svolte nel seno della Commissione Senatoria il De Foresta sosteneva la necessità della scrittura, osservando, che nelle vendite, nelle permute e negli altri atti riguardanti gl'immobili non basta che le parti siano d'accordo sulla cosa e sul prezzo, come accade nelle cose mobili, ma, onde il contratto sia perfetto, è indispensabile che si convenga anche sulle precise indicazioni dello stabile, sulle servitù attive e passive, sulla libertà o no dei beni, e su tanti altri oggetti che è impossibile vengano *bene precisati oralmente, e riferiti con esattezza dai testimoni,* se accadano poi delle contestazioni. Donde avverrebbe che, ammettendo la prova testimoniale, sorgerebbero liti inestricabili, le *quali tornerebbero sempre a danno dei contraenti inesperti.*

Nella relazione al Senato (sul lib. 2 del cod., c. III) si comincia col dichiarare che la scrittura è richiesta, come condizione essenziale *alla validità della vendita.* E si respinge l'opinione di coloro che volevano si applicasse al contratto di vendita il sistema di prova comune, con le due seguenti con-

siderazioni che rispondono perfettamente ai due concetti da me indicati.

a) È un atto abbastanza serio e ferace di conseguenze gravi la vendita degli immobili, perchè si possa rimettere senza pericolo ad ogni *maniera di contrattazione mobile e fuggevole quanto la parola, nè contenuta da quelle forme le quali rispondono all'attestazione di un sensato consiglio e di una volontà rischiarata dalla estimazione retta del bene e del male.*

b) Se fosse consentita la validità della vendita verbale, *riuscirebbe indagine non lieve, nè agevole il cogliere esattamente l'animo, e la volontà dei contraenti, e la perfezione del contratto verbale, e la irrevocabilità dell'accordo.*

La scrittura quindi nel contratto di vendita non viene per il nostro codice richiesta *ad solemnitatem,* non è uno dei suoi elementi costitutivi, ma non rimane estranea ai medesimi, sui quali anzi esercita un'influenza efficacissima. L'importanza speciale di questo vincolo giuridico, i caratteri essenziali che lo costituiscono, le modalità numerose imposte dalla legge che l'accompagnano, esigono che il consenso dei contraenti sia ponderato, completo, preciso. Non è ciò ottenibile, se non per mezzo della scrittura. Nella vendita verbale il consenso esiste, ma il legislatore giustamente *presume* che sia impreciso ed imperfetto.

Essa quindi, prima precisa e perfeziona il consenso delle parti, e poi sta a provare la esistenza del contratto. Se manca produce i medesimi effetti notati nell'art. 1108 e seg., perchè il consenso imperfetto ed impreciso, come quello viziato, esiste, ma non è valido. Determina quindi la nullità, ma non la inesistenza della vendita. Così decise la Corte di cassazione di Firenze (29 luglio 1867), benchè abbia in seguito modificato la sua giureprudenza.

22.° Chiarito così il doppio concetto, ed il duplice scopo che la scrittura racchiude, cadono tutte le difficoltà nate sul modo come bisogna interpretare gli articoli 1314-1310, 1364, 1932, n. 8.

Il nostro legislatore si è allontanato in pari tempo dal sistema del codice francese, e da quello del codice Albertino, perfettamente opposti, e ne ha creato un terzo intermedio che concilia modificando i criteri dell'uno e dell'altro.

La scrittura è mezzo di prova per gli atti indicati nell'articolo 1314 ed il codice ne tratta esclusivamente nel capo delle prove delle obbligazioni, ma è in pari tempo elemento indispensabile alla validità del consenso, e l'articolo citato la richiede sotto pena di nullità dell'atto. La opinione del Rossi che la nullità sia relativa alla prova stessa non è accettabile, perchè urta nella parola e nel concetto della legge. L'art. 1314, innanzi tutto, dichiara che debbono *farsi*, e non *provarsi* per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità gli atti

che enumera. E poi imposta come unico mezzo di prova la scrittura, quale importanza avrebbe la dichiarazione di nullità di ogni altro mezzo, se esso non può esplicarsi, perchè inammessibile? È la scrittura elemento essenziale alla validità e non all'esistenza dell'atto, e, nell'art. 1310, implicitamente è dichiarato che la nullità dell'atto che ne difetta è sanata con la conferma, nell'art. 1364 che non si può deferire il giuramento sopra una convenzione, per la cui validità la legge esige un atto scritto, e nell'art. 1932, n. 8 viene riconosciuta la esistenza giuridica delle convenzioni numerate nell'art. 1314, se contratte verbalmente.

23.° I sostenitori delle due scuole opposte, quando vengono alle conseguenze dei principî che affermano, cadono in gravi contraddizioni, urtano nelle disposizioni di legge, e pongono criterî abbastanza incerti. Ciò evidentemente è l'effetto del non aver compreso con esattezza il vero carattere della scrittura privata, per i contratti concernenti la proprietà immobiliare.

La medesima incertezza si nota ancora nella giureprudenza. In non poche sentenze si comincia col dichiarare che la scrittura è un mezzo di prova, e si finisce col dire che è elemento essenziale alla esistenza dell'atto, o *quasi* essenziale, senza lasciarci comprendere il significato giuridico del *quasi* (Cass. Torino, 7 giugno 1867, Cass. Napoli, 20 dicembre 1874; Cass. Firenze, 23 giugno 1869). Inoltre, dopo essersi fermato il principio della inesistenza della vendita verbale, si decide poi, che è valida, se eseguita dalle parti (Cass. Torino, 27 aprile 1872; Cass. Napoli, 20 dicembre 1879; Cass. Firenze, 23 giugno 1869). Alcune dichiarano la scrittura elemento essenziale all'esistenza del contratto, per le ragioni appunto che concorrono a determinarlo come mezzo di prova (Cass. Napoli, 20 dicembre 1873). E quelle che non affermano criterî contradditorî violano o falsano articoli chiarissimi del codice (Corte di Lucca, 13 luglio 1871; Cass. di Roma, 26 settembre 1883, e 25 luglio 1872).

Il nostro modo d'intendere la natura giuridica della scrittura in rapporto agli atti enumerati, nell'art. 1314, mena, come cercheremo di dimostrare, a conseguenze logiche, e conformi alle disposizioni di legge.

Degli scrittori, i quali sostengono che essa è richiesta *ad probationem,* il Rossi afferma che la nullità è relativa alla prova, e non all'atto, e che per conseguenza si richiegga la scrittura sotto pena di nullità, quando il contratto debba provarsi, ma non sia necessaria, quando esso risulti *aliunde,* nel qual caso è perfettamente valido. Il Natoli parte dal medesimo principio, però esclude ogni altro mezzo di prova che non sia la scrittura, ammettendo la sola confessione per la sua indole speciale. Reputa che il contratto verbale crei un'obbligazione naturale, e ne afferma l'efficacia giuridica, quando esso venga tacitamente con l'esecuzione ratificato.

Tra i civilisti, i quali veggono nella scrittura un elemento costitutivo dell'atto non regna maggiore concordia di criteri. Il Ricci, il Borsari, il Reggio giudicano che l'atto sfornito di scrittura sia inesistente, che da qualunque fonte risulti non abbia efficacia alcuna, che però divenga giuridicamente efficace, se eseguito di accordo dai contraenti. Il Loru, il Mazzoni, il Majerini, il Cannada-Bartoli con maggior rigore di logica sostengono che la tacita conferma non possa imprimere esistenza giuridica ad un atto inesistente.

24.° Abbiamo dimostrato che la scrittura è il mezzo di prova unico che la legge ammette per gli atti che trasferiscono la proprietà di stabili, ma che in pari tempo è destinata a perfezionare la validità del consenso delle parti sugli elementi essenziali ed accidentali del contratto. Diguisachè non possiamo accettare le conseguenze indicate dal Rossi e dal Natoli. Se la vendita risulta da altro mezzo diverso dalla scrittura, non è efficace, come giudica il Rossi, ma nulla, perchè, mancando la medesima, si presume che non sia valido il consenso. D'altronde quali sarebbero queste fonti, dalle quali crede il Rossi possa risultare la esistenza del rapporto contrattuale? Certamente gli altri mezzi di prova dalla legge stabiliti. La sua dottrina quindi non è accettabile, anche a voler giudicare la scrittura come semplice mezzo di prova, perchè la legge la esigerebbe a pena di nullità, ritenendo cioè inefficaci tutti gli altri.

Nè crediamo si possa fare una eccezione per la confessione, per tre ragioni.

a) Dichiarato dalla legge inefficace il giuramento, bisogna di conseguenza adottare il medesimo criterio per la confessione.

b) Essa costituisce un mezzo di prova, e l'art. 1314 esige, come unico mezzo di prova degli atti che enumera la scrittura.

c) Sarebbe ad ogni modo efficace, come dichiara lo stesso Natoli, a provare la esistenza dell'atto, ma non a sanarne la nullità.

Se la scrittura manca il consenso si presume imperfetto, e non è la confessione atta a distruggere tale presunzione, perchè non essendo che un mezzo di prova, non può equivalere alla scrittura considerata come elemento intrinseco del contratto. Pare d'altronde che il Natoli si contraddica. Egli dichiara che la ratifica espressa è inattendibile, perchè alla originaria invalidità della contrattazione verbale non aggiunge alcun nuovo elemento che, purificandola dell'antico vizio, la renda civilmente efficace (pag. 454). Non pare al valente scrittore, che valgano queste identiche ragioni per la confessione?

Accettiamo l'opinione del Rossi e del Natoli che la convenzione verbale sia convalidata dalla tacita esecuzione dei con-

traenti, ma per ragioni diverse da quelle, che essi adducono. Per il primo è questa una conseguenza logica del principio da lui posto, che l'atto scritto non abbia altra efficacia, che di mezzo probatorio. Provata l'esistenza del contratto per mezzo della tacita esecuzione, il valore e la necessità della scrittura cessa. Ma noi già abbiamo respinto quel principio, non possiamo quindi venire a tale conseguenza per mezzo di criteri, tratti dal medesimo. Il Natoli vi giunge per un'altra via. Egli dice, che in mancanza della scrittura la convenzione, sebbene non civilmente obbligatoria, sussiste come obbligo naturale. Quindi la ratifica è ammessibile, perchè la volontaria esecuzione del contratto per un aspetto forma la ratifica, per un altro costituisce il pagamento di ciò, che naturalmente si deve, e che non è soggetto a ripetizione. Il ragionamento è ingegnoso, ma inaccettabile. Se la scrittura è richiesta *ad probationem,* come il Natoli sostiene, non sappiamo comprendere, poi come la sua mancanza, che pur dovrebbe lasciar valido il contratto, lo renda non giustificabile in diritto, e ne costituisca un obbligo naturale, e non civile. Se esso è fornito degli elementi intrinseci, che lo costituiscono, mancherà della prova, che la legge esige, ma non cessa di essere un vincolo giuridico e non naturale. O la convenzione benchè sfornita di scrittura, cionondimeno è esistente, ed in tal caso crea obblighi civili e non naturali; o è inesistente, e non produce obbligo alcuno, nè dell'uno, nè dell'altro carattere. Il nulla non è produttivo di effetti. Ma anche ammesso il concetto dell'obbligo naturale, la ratifica non sarebbe atta a trasformarlo in obbligo civile, perchè essa già presume l'esistenza di un'obbligazione giuridica, contro della quale però è ammessibile l'azione di nullità.

25.° Non è dunque la via proposta dal Natoli quella che bisogna seguire, per dimostrare l'efficacia nel nostro codice della convenzione verbale tacitamente confermata.

Tutti gli altri scrittori che han trattato la quistione di proposito, e gran parte della giurisprudenza, avendo fermato il principio, essere richiesta la scrittura per gli atti indicati nell'art. 1314 *ad solemnitatem,* concordano nel sostenere, che la convenzione verbale sia inesistente, priva di effetti giuridici, perchè sfornita di uno dei suoi elementi costitutivi, della forma *quae dat esse rei.* Però urtano manifestamente nell'art. 1932, n. 8, che dichiara in modo categorico l'esistenza di tutte le convenzioni verbali, per le quali è richiesta la scrittura a pena di nullità. Ogni loro sforzo quindi è rivolto a conciliare la disposizione suindicata con la dottrina, che propugnano. I mezzi proposti sono varii, ma, come brevemente dimostreremo, nessuno è accettabile. Alcuni rispettano il concetto contenuto nell'art. 1932, ma contraddicono la dottrina sostenuta, altri salvano questa, ma falsano quello, ed è questa, a me pare, la prova la più evidente, che la dottrina è errata.

Il Reggio si affatica a dimostrare, essere richiesta la scrittura

ad solemnitatem, ed in ultimo dichiara, che la nullità fulminata dall'art. 1314 non è del tutto assolùta, ma capace di conferma; anzi sostiene in tesi generale, che ogni nullità dipendente da mancanza di forma sia sanabile con la ratifica. La convenzione verbale quindi, se tacitamente eseguita, acquista efficacia giuridica. Ed è questo il caso previsto dall'art. 1932, n. 8. Ma egli pone due criteri perfettamente inconciliabili fra loro. Se la scrittura è richiesta *ad solemnitatem,* è elemento costitutivo dell'atto, e quindi indispensabile all'esistenza del medesimo. Se manca l'atto non esiste, rappresenta il niente. E può produrre effetti giuridici la conferma del niente? Il Reggio nota, come il suo criterio sia stato già prima espresso dallo Jaubert, il quale afferma nel suo rapporto al Tribunato, che ogni obbligazione soggetta a nullità per regola generale è suscettiva di conferma, sia la nullità di sostanza o di forma, relativa o assoluta, d'interesse privato o pubblico. Ma il Jaubert evidentemente parla di atti annullabili e non inesistenti, di vizio e non di mancanza assoluta di forma. Lo stesso criterio del Reggio è affermato da una sentenza della Cassazione di Roma 26 luglio 1872.

Il Ricci, il Borsari ed una parte della giurisprudenza propongono un secondo mezzo, come conciliare il principio della inesistenza dell'atto sfornito di scrittura con la dichiarazione contenuta nell'art. 1932, n. 8. Essi dicono, che bisogna dichiarare la esistenza della convenzione verbale, quando eseguita di accordo dalle parti, e non impugnata in seguito da alcuna di esse, formi l'origine, ma non l'oggetto della lite, dimodochè sia indispensabile, per deciderla, riconoscere indirettamente la validità della convenzione eseguita, come un fatto compiuto non conteso dalle parti. Un caso, in cui scrittori e giurisprudenza applicano questo ibrido criterio, è il seguente. Si contrae una vendita verbale, la si esegue, il compratore riceve il possesso della cosa, il venditore deve ancora una parte del prezzo. Convenuto per il residuo, egli riconosce il suo obbligo di pagamento, ma avanza una eccezione di compensazione. Il magistrato non chiamato a giudicare direttamente sulla esistenza o meno della vendita, deve cionondimeno, per decidere la lite, dichiarare, che la causa del pagamento è una precedente vendita verbale. Questa è la sentenza di cui parla l'art. 1932, n. 8.

Non è accettabile questo modo di risolvere la quistione. Esso o risulta inconciliabile colla teoria della inesistenza della vendita verbale, o rende inapplicabile l'art. 1932 di cui così nell'una come nell'altra ipotesi falsa il contenuto. Infatti l'articolo 1932, n. 8, parla di sentenza, che dichiara la esistenza della vendita verbale. La dichiarazione quindi deve essere diretta, solenne, consacrata nel dispositivo, non accennata indirettamente, di sfuggita nei considerandi. E se in base dell'articolo 1314 gli atti in esso enumerati sono, se sforniti di scrittura, inesistenti, il magistrato chiamato dal suo ufficio a tutelare la integrità e la severa applicazione della legge la violerebbe,

se formalmente e solennemente riconoscecse e dichiarasse la esistenza, e quindi la validità della vendita verbale. Per non cadere in così evidente violazione di legge, egli nel caso preveduto qui su, ponendo come criterio assodato il debito di pagamento riconosciuto, non dovrebbe assolutamente discutere della vendita verbale, o accennarvi indirettamente nel corso delle considerazioni, senza mai però riconoscerle alcun carattere giuridico. Ed in tal caso il n. 8 dell'art. 1932 non sarebbe applicabile, poichè esso esige, perchè la sentenza trascritta possa avere in rapporto alla vendita tutti gli effetti giuridici della scrittura, che ne venga solennemente dichiarata la esistenza nel dispositivo.

Evidentemente l'art. 1932, n. 8, prevede un'ipotesi diversa da quella supposta dal Ricci e dal Borsari, non di una vendita tacitamente eseguita dalle parti e non impugnata in seguito da alcuno dei contraenti, caso in cui, lo ripetiamo, l'articolo suddetto non può essere applicabile, ma di una vendita verbale, che eseguita volontariamente, venga in seguito impugnata, e formi l'oggetto diretto della lite. Ciò perchè la parte efficace, ed esecutiva della sentenza è costituita dal dispositivo, il quale non può volgere, se non su di ciò, che costituisce l'oggetto della lite.

Il Mazzoni, il Loru, il Majerini ed il Cannada-Bartoli dopo di avere respinto i criteri qui suindicati ne propongono un terzo, che a noi sembra il meno felice di tutti. Essi dicono, che il n. 8 dell'art. 1932 non si riferisca, se non agli atti contemplati dal n. 7, non a quelli previsti dai numeri precedenti. Ma è questo un modo d'interpretare la legge arbitrario, e sconfessato dalla legge medesima. Il n. 8 dell'articolo succitato si riferisce esplicitamente a tutte le convenzioni della natura di quelle notate nei numeri precedenti. Ogni restrizione posta è ingiustificabile. Nè vale osservare, che, se il n. 8 si riportasse a tutti i precedenti, condurrebbe alla dichiarazione della esistenza della donazione verbale indicata espressamente nel n. 1, perchè esso parla delle convenzioni enunziate nei numeri precedenti, e la donazione non è una convenzione considerata nel suo stretto senso giuridico di rapporto contrattuale, tanto vero, che il legislatore, quando ne parla, usa la parola *atto* e non *convenzione*.

Prescindendo da ciò, si noti, che il n. 7 parla non solo di atti, da cui risulti liberazione, o cessione di fitti non ancora scaduti, ma anche di sentenze, che dichiarino l'una o l'altra. Se quindi il n. 8 non fosse applicabile, che nella sola ipotesi preveduta dal numero precedente, conterrebbe una inutile ripetizione. E per tale ragione bisogna anzi ritenere, che esso si riferisca a tutte le convenzioni indicate nei numeri precedenti, fuorchè a quelle notate nel n. 7.

Non è accettabile, quanto dicono il Mazzoni, il Cannada-Bartoli e gli altri, che cioè, se non si vuole preferire l'interpretazione,

che essi propongono, bisogna riconoscere un'antinomia tra l'art. 1314 e il n. 8 dell'art. 1932. Essi reputano che quest'ultimo, proposto nel progetto Pisanelli, dove era in perfetta armonia col sistema che rispettava le convenzioni notate nell'articolo 1314, se formate verbalmente, fu per disavvertenza, e non per altro riprodotto nella redazione del codice vigente dove contraddice al nuovo sistema della essenzialità dello scritto. Non è presumibile, se questo fosse davvero il sistema adottato dal nostro codice, che in seguito della lotta vivacissima, che si sostenne nei due rami del Parlamento, e nel seno della Commissione senatoria, perchè venisse accolto, non si avesse avuto cura di modificare una disposizione del progetto, che apertamente lo contraddirebbe. Ciò vuol dire, che esso è diverso da quello, che credono questi illustri scrittori.

26.° Fra i due articoli succitati non vi ha antinomia alcuna nè sostanziale, nè apparente. Non vi ha bisogno per conciliare due disposizioni di legge, che sono in perfetta armonia tra loro, di ricorrere a criterii, che in un modo o in un altro ne falsano il contenuto.

Il legislatore, come abbiamo innanzi dimostrato, esige la scrittura per gli atti indicati nell'art. 1314, prima come elemento indispensabile alla perfezione del consenso, e poi come prova della convenzione; dimodochè se la scrittura manca, la convenzione verbale esiste, ma è nulla e non è in pari tempo provabile. È questo il concetto dell'art. 1314. Ma la nullità è sanabile, e la prova può risultare altrimenti? Certamente che sì nel solo caso della tacita conferma. Si contratta una vendita verbalmente, le parti immediatamente la eseguono, il compratore si riceve la cosa, il venditore il prezzo. La *presunzione,* che il consenso in mancanza dell'atto scritto sia poco ponderato, imperfetto ed impreciso è distrutta dalla esecuzione delle parti. Essa rappresenta una conferma piena, e sicura della perfezione e della serietà del consenso di ciascuno dei contraenti. Equivale la scrittura, come elemento intrinseco ed estrinseco della convenzione, come elemento integrante del consenso e come mezzo di prova. Costituisce perfettamente valido il contratto verbale fin dal suo nascere. E se pure non si voglia riconoscerle così completa efficacia, essa ad ogni modo è produttiva degli effetti indicati nell'art. 1309, 3.° cap, estensibili ad ogni atto nullo per vizio di consenso.

Se dunque eseguita la convenzione verbale, venga in seguito impugnata da una delle parti per mancanza di scrittura, il magistrato di fronte alla tacita conferma respingerà l'azione e dichiarerà nella sentenza la esistenza della convenzione verbale. È questa la ipotesi, a noi pare, preveduta dal n. 8 dell'art. 1932.

III.

Degli elementi essenziali alla validità del contratto di vendita.

27.° Gli elementi essenziali alla validità del contratto di vendita per il codice francese sono tre: 1.° Validità del consenso; 2.° Capacità dei contraenti; 3.° Capacità della cosa.

Per il nostro codice sono quattro, perchè bisogna aggiungere a questi l'atto scritto, di cui ora abbiamo trattato.

28.° *Validità del consenso.* — Non vi sono norme speciali per il contratto di vendita. Bisogna quindi applicare le disposizioni contenute nella parte generale delle obbligazioni (art. 1108 e seg., cod. ital.; art. 1109 e seg., cod. franc.).

29.° *Capacità dei contraenti.* — È questo il punto, sul quale il nostro legislatore maggiormente si distacca dal codice francese e dagli altri precedenti, consacrando principii giuridici intimamente connessi allo spirito della civiltà moderna ed agli interessi sociali.

Nell'art. 1595 del codice francese è proibita espressamente la vendita tra coniugi, salvo in tre casi, che riguardano più che una vendita, una dazione in pagamento, per debito precedente riconosciuto dell'uno verso dell'altro (Laurent, n. 32, vol. XXIV). Questa disposizione fu riprodotta dal codice delle Due Sicilie (art. 1440), dal Parmense (art. 1401), dall'Estense (art. 1481), dall'Albertino (art. 1602). Fu soppressa nel progetto Miglietti, ed in quello del Pisanelli. Si tentò in Senato, e da alcune Corti, come quella di Parma e di Modena, interpellate ad esprimere il loro avviso, di conservarla. Ma il nostro codice, in conformità dell'austriaco, del prussiano e del bavarese, la esclude definitivamente. Autorizza quindi la vendita tra conjugi in forza del principio generale consacrato nell'art. 1456. Su di ciò non vi ha dubbio alcuno; scrittori e giurisprudenza sono d'accordo. Mi è occorso di leggere una sentenza del tribunale di Salerno (21 giugno 1870, *Gazz. del proc.*) che dando prova di una ignoranza completa della nostra legislazione, decide, che quantunque il nostro codice non abbia enumerate tra le persone, che non possono vendere, i coniugi, il divieto nondimeno esiste, e si rileva dai principii generali di diritto. E ricorda i lavori preparatorii del codice francese a sostegno del suo giudizio, mostrando di non conoscere quelli del nostro, che stabiliscono criterii perfettamente opposti. Non crediamo meriti la pena di una confutazione.

Dai lavori preparatorii del codice francese non risultano, che i tre seguenti motivi dell'art. 1595 esposti dal Portalis al Tribunato (Locré, vol. VII, pag. 72):

a) Si presume, considerando l'influenza, che esercita sulla moglie l'autorità del marito, e sul marito le blandizie della

moglie, che la vendita abbia come scopo una donazione mascherata;

b) Sarebbe essa un mezzo facile e favorevole, come defraudare i diritti dei creditori dell'uno o dell'altro dei coniugi, distruggendone quella garantia, che la legge riconosce in loro vantaggio sui beni del debitore;

c) Si deluderebbe così il divieto della legge, rendendo possibile una donazione, che superi il disponibile, e determinandone in pari tempo la irrevocabilità.

Questi medesimi motivi adducono gli scrittori francesi; ma non sono tutti. I più importanti, quelli che davvero han determinato, come una logica conseguenza di tutto un sistema legislativo, il divieto della vendita tra coniugi nella legislazione francese, bisogna ritrovarli in un campo giuridico più vasto. Io credo siano i seguenti:

30.° *a*) Le antiche consuetudini, che vigevano in Francia anteriormente alla compilazione del codice, vietavano espressamente la vendita tra coniugi (Pisanelli, relazione Dumolin in Parigi, art. 156, n. 5; Pothier, *Donaz.*, n. 78). E le consuetudini inveterate costituiscono le radici di un primo codice di leggi. È impresa ardua, quella del legislatore, se tenta di consacrare una norma contraria alla coscienza ed agli usi del paese, in cui è destinata ad aver vigore. Indubitatamente le consuetudini in Francia avverse alla vendita tra coniugi han concorso potentemente a determinare la disposizione dell'art. 1595;

b) Nella legislazione francese la capacità giuridica della donna non è ancora abbastanza riconosciuta, soffre non poche restrizioni, che non la lasciano affermare come un principio legislativo. La vendita permessa tra coniugi di fronte ai sospetti certamente fondati dell'influenza, che può esercitare sulla moglie l'autorità del marito, presuppone in lei una personalità morale giuridica ed economica, che il codice francese riconosce, ma circoscrive in limiti angusti;

c) Il sistema della comunione legale nel codice di Napoleone fa che la moglie difficilmente abbia un patrimonio personale, e se l'abbia, sia insignificante, e che i rapporti patrimoniali tra i coniugi siano intimamente connessi, e gl'interessi comuni, diguisachè manca la base, l'occasione e l'opportunità di contratti di vendita tra di loro;

d) Il legislatore francese permette le donazioni tra conjugi del disponibile, in una misura quindi elevata. Quando dispone sulla vendita, pensa di essere stato abbastanza liberale, autorizzando la donazione del disponibile, si preoccupa degli interessi dei creditori, e pone il divieto dell'art. 1595.

Questi quattro fattori, che han determinato la disposizione suindicata, mancano nella legislazione italiana. E così ci spieghiamo, perchè il nostro legislatore ha respinto i motivi innanzi indicati, e soppresso l'art. 1595.

a) Egli non ebbe a sradicare vecchie consuetudini contra-

rie al nuovo principio. È vero che i diversi codici italiani sancirono il divieto, ma essi erano modellati sul codice francese, e non sugli usi del paese. La base del nostro diritto privato intermedio fu costituita principalmente dai principii di diritto romano. Questo vietava la donazione, ma permetteva la vendita fra coniugi, quando non simulasse una liberalità. *Inter virum et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliori nullius momenti est* (leg. 39, dig. *de contr. empt.*). *Sine dubio licet viro et uxori minoris emere, si non sit animus donandi.* Anzi si consigliava di non essere rigorosi ed esigenti nell'interpetrare le clausole della vendita. *Non amare nec tamquam inter infestos jus prohibitae donationis tractandum esse, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam ex nimia donatione timentes.* Il nostro codice quindi in questo punto, come nota il Pisanelli, non ha fatto, che conformarsi al diritto romano, ritornando in vita le norme, che esso dettava.

b) La capacità giuridica della donna ha avuto dalle nostre leggi un maggiore sviluppo, ed è destinata a svolgersi in una sfera di azione più vasta di quella assegnata dal codice francese. La sua personalità nei rapporti matrimoniali ha ricevuto una impronta di autonomia, che in quello mancava. Non poche incapacità sancite dal codice francese, quando tratta della tutela, del rapporto tra i coniugi, della dote, furono dal nostro respinte. Di guisachè la soppressione di quella disposta dall'art. 1595 non è che una conseguenza di questo sistema generale di più larga affermazione della capacità giuridica della donna.

c) In Italia, come dichiarava il Pisanelli, difficilmente si vive nel sistema della comunione. Il nostro codice d'altronde non dispone la comunione legale, ma semplicemente permette la convenzionale, limitandola ai soli utili, a differenza del codice francese, che impone in mancanza di ogni altro contratto la comunione legale, e la estende a tutti i mobili posseduti dai coniugi prima della celebrazione del matrimonio, o acquistati in seguito, agli immobili acquistati durante il matrimonio a titolo oneroso, ed in alcuni casi anche a quelli avuti per successione, o per donazione (art. 1400 e seg.). Sicchè in base delle nostre leggi la moglie è messa nella condizione di avere un patrimonio proprio rilevante, diverso da quello del marito, e da lei amministrato. Vi ha quindi la legittima presunzione, che un contratto di vendita tra coniugi sia stipulato, per ragione di necessità economica, e con vantaggio reciproco di amendue i contraenti.

d) Il nostro codice a differenza del francese, e molto più logico di questo, permette sulle orme del diritto romano la vendita, ma proibisce qualunque liberalità tra coniugi, perchè la presunzione, che la donazione sia l'effetto non della libera volontà, ma o dell'autorità del marito, o delle seduzioni della moglie, è validamente costituita sulla natura dell'atto medesimo.

E se la ragione, per cui converrebbe vietare tra loro il contratto di vendita, consiste nel pericolo, che possa simulare una donazione, essa non ha importanza alcuna per le nostre leggi, poichè queste proibiscono qualunque liberalità tra coniugi diretta o indiretta, espressa o mascherata sotto forma di contratto oneroso (1055). La soppressione dunque dell'art. 1595 è conforme alle tradizioni del diritto romano, ed al sistema generale che regola nel nostro codice i rapporti patrimoniali tra marito e moglie.

31.° Vediamo ora, se gl'inconvenienti notati dal Portalis e dai civilisti francesi sono così gravi, ed irreparabili, che avrebbero dovuto consigliare il nostro legislatore a consacrare un divieto contrario alle tradizioni ed al sistema.

a) Si presume, che la compravendita tra coniugi simuli una liberalità. Dalle precedenti considerazioni da noi fatte appare, come tale presunzione contraria alla natura ed alla forma giuridica del contratto, per le nostre leggi non possa avere una seria consistenza (vedi relazione del Pisanelli). D'altronde nel caso, che realmente la simulazione vi sia, è difficile, che rimanga nascosta alla diligenza della parte lesa, ed all'occhio vigile del magistrato. La compravendita è atto, in cui vi ha opposizione d'interessi tra marito e moglie. Perchè sia valida è richiesta l'autorizzazione del tribunale, il quale non mancherà di indagare lo scopo del contratto, le condizioni economiche dei coniugi, e la natura dei loro rapporti personali, dopo di che, se la simulazione esiste, certamente si rivelerà, e l'autorizzazione verrà negata.

E questa valida garanzia per la moglie, e per i terzi, costituita dall'intervento del magistrato manca nel codice francese, dove non vi ha nel cap. VI, tit. V, del libro I alcuna disposizione di legge, che richiegga alla validità degli atti compiuti dalla moglie, nei quali vi sia opposizione d'interessi tra lei ed il marito, l'autorizzazione del tribunale. E ciò ha dovuto certamente influire a determinare il divieto dell'art. 1595. Fu poco seria l'osservazione, che fece in Senato il Castelli, che cioè per il nostro codice l'autorizzazione del tribunale sia necessaria, quando la moglie venda al marito, non quando da lui compri. L'art. 134 parla non solo dell'ipotesi, in cui la moglie alieni beni immobili, ma anche di quella, in cui essa ceda capitali.

b) La compravendita tra coniugi potrebbe deludere le norme sancite negli articoli 1091 a 1160, che limitano le donazioni tra loro alla sola disponibile, e le dichiarano inoltre revocabili. Se questo argomento può avere un valore per il codice francese, non ne ha alcuno per il nostro, che vieta assolutamente ogni liberalità tra coniugi. È opportuno a tal proposito rilevare la strana contraddizione, in cui cade il legislatore francese, permettendo la donazione, e proibendo la vendita tra di loro. Se la ragione del divieto è la presunzione, che il contratto

non sia l'effetto del consenso delle parti, ma dell'influenza preponderante dell'una sull'altra, o del proposito di defraudare i creditori, questa presunzione si appalesa più grave, e verosimile in un contratto a titolo oneroso, ovvero in un contratto a titolo gratuito? Ma la donazione, si dice, è irrevocabile, ed autorizzata la vendita, non potrebbe stabilirsi per essa il medesimo criterio. Criterio, che in verità, a me pare, sia abbastanza puerile ed inefficace, perchè la revoca non potrebbe essere determinata, se non da gravi dissensi coniugali, da cause cioè tutt'affatto diverse da quelle che han determinato la donazione; finchè esse perdurano, il coniuge non domanderà certo di revocarla. Sarebbe stato forse censurabile il codice francese per eccessivo rigore, se avesse proibito vendita e donazione in pari tempo, ma non certo per contraddizioni di principii giuridici.

c) Si offre un mezzo come defraudare i diritti dei creditori. Ma non è questa, che una presunzione, che si appalesa insufficiente a produrre una limitazione alla libertà di contrattare, in seguito alle seguenti considerazioni: *a*) Va essa accoppiata all'altra presunzione, che la compravendita nasconda una donazione e già abbiamo dimostrato come questa seconda manchi di fondamento; *b*) È principio di diritto comune che nei contraenti si debba presumere la buona e non la mala fede. L'una è posta come regola, la seconda bisogna provarla. Dichiarare in principio, osservava il Pisanelli, che un contratto deve ritenersi come simulato, importa un sistema di eccessiva diffidenza; *c*) La presunzione indicata in non pochi casi non potrebbe neppure elevarsi, perchè non è poi raro, che vi siano nella società di mariti e mogli liberi assolutamente di debiti; *d*) Anche a volerla ritenere fondata, gl'interessi dei creditori sono tutelati dalla legge con due mezzi validissimi: 1.° La vendita tra coniugi non può aver luogo senza l'intervento del giudice, al quale in seguito delle indagini indispensabili, difficilmente rimarrà celata la intenzione di frodare i creditori con una vendita simulata. 2.° La legge riconosce in ogni creditore il diritto d'impugnare gli atti fatti in sua frode dal debitore, dimodochè anche autorizzata la vendita, egli ha ancora il mezzo, come salvare le sue ragioni, se davvero frodato. E si noti che la sua azione, se accolta, certamente produrrà la revoca del contratto in base dell'art. 1235, perchè o esso nasconde una donazione, ed in tal caso basta che la frode sia intervenuta da parte del debitore, ovvero contiene realmente una compravendita e si ha il medesimo effetto, perchè concorre la sicura collusione del terzo, che in questo caso è il coniuge.

Io reputo dunque che il nostro codice autorizzando la vendita tra coniugi, abbia consacrato un principio logico, giusto, e liberale, conforme alle nostre tradizioni intimamente collegato al sistema che regola la capacità giuridica della donna, ed i rapporti patrimoniali, tra coniugi, di cui è una conseguenza E

giudico, che gl'inconvenienti sunnotati non siano, nè così gravi, nè tanto irreparabili, da determinare il principio opposto, che urterebbe nello spirito delle nostre leggi civili.

32.° L'art. 1596 del codice francese dispone: Non possono essere aggiudicatari sotto pena di nullità nè direttamente, nè per interposte persone i tutori dei beni di coloro, dei quali hanno la tutela.

Nell'art. 1457 del codice italiano è detto: Non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica i tutori, i protutori e i curatori dei beni delle persone sottoposte alla loro tutela, protutela o curatela.

33.° Nel diritto romano era vietato al tutore ed al curatore di alienare a sè stessi i beni del minore e dove li comprasse in modo indiretto era tenuto a pagare a titolo di pena il quadruplo del prezzo (L. 7, p. 10, 12, dig. l. 1, cod. 5, 56, l. 12, § 1, d. h., t. 26, 7, l. 3, cod. l. c. l. 34, 7, ff. *de conpt. empt.*). Non esisteva il divieto, la vendita si facesse all'asta pubblica (l. 5, cod. *de conpt. empt.*). Il medesimo divieto si estendeva al protutore. Si noti però, che il suo carattere giuridico era tutto affatto opposto a quello, che gli viene assegnato dal diritto moderno. Egli era un falso tutore, che assumeva senza averne alcuna facoltà l'amministrazione tutelare, *pro tutore negotia gerit,* era quindi obbligato verso il minore, come vero tutore. (Dig. *de eo qui protut.* 27, 7, cod. 5, 45, Dig. l. XXVII, t. V, VI, VII). Nel medesimo modo viene considerato dal codice bavarese.

34.° Sul modo d'intendere il divieto contenuto nell'art. 1457 in rapporto al protutore, porto un avviso diverso da quello dei nostri civilisti.

È indispensabile innanzi tutto accennare alle varie interpretazioni, che si sono date dagli scrittori e dalla giurisprudenza francese all'art. 1596 del codice di Napoleone, per stabilire quali innovazioni abbia il nostro legislatore apportato. Laurent (volume 24, p. 54 e seg.), Marcadé (t. VI, n. 134), Duvergier (1, 188), Duranton (XXVI, n. 134), Zachariae (II, 490), Pont (*Rivista critica,* III, 353) si attengono rigorosamente alla parola della legge, e ne danno una interpretazione ristrettiva, reputando, che il protutore, il curatore ed il consulente giudiziario, che assiste l'inabilitato possono acquistare i beni degli incapaci sottoposti alla loro protutela o cura. Le Corti di Riom (4 aprile 1829), di Bordeaux (30 maggio 1840) e la Cassazione di Parigi (1852) decisero in questo senso. Magnin (*della minorità,* III, 1188), De Freminville (*della minorità,* 1, 164), Demolombe (VII, 375), Rolland de Villargues (*Rép. vend. giud.*), estendono il divieto al protutore, al curatore ed al consulente giudiziario. Dalloz (*vend.,* n. 128), Delvincourt (III, p. 11, p. 126), Troplong (*vend.,* sull'art. 1596) accettano, come principio generale il primo modo d'interpretare, il secondo in via di eccezione, nel caso di vendita all'asta dei beni dell'incapace per esecuzione forzata.

Parmi che il primo senza eccezione alcuna sia conforme al testo di legge. Questo determina una incapacità, non ammette quindi, se non un'interpretazione restrittiva. Non è la incapacità estensibile ad altre persone diverse da quelle tassativamente indicate dal legislatore.

35.° L'art. 1457 del nostro codice estende espressamente il divieto al curatore ed al protutore. Credo però, che in rapporto al protutore esso vada ristretto ai soli casi determinati dall'articolo 266, quando cioè egli esercita temporaneamente funzioni di tutore.

I nostri civilisti al contrario interpretano letteralmente la legge, non fanno alcuna distinzione e sostengono che al protutore sia vietato di acquistare i beni del minore o dell'interdetto, non nei soli casi preveduti dall'art. 266, ma durante tutto il corso di tempo in cui esercita la protutela. Il Mazzoni (vol. I, n. 92), sostiene questa interpretazione in base delle due seguenti considerazioni:

a) La legge nomina genericamente i protutori e le persone soggette alla loro protutela, ed ha così riguardo all'ufficio, alla podestà di protutore e non all'esercizio di speciali funzioni.

b) Il suo ufficio è quello di esercitare una generale sorveglianza sulle funzioni tutelari, del quale ufficio è tanto più perfetto l'esercizio, quanto ne sia più remoto ogni motivo d'interesse.

Il Borsari (vol. IV, p. 1, art. 1457) egualmente osserva che un ufficio generoso e necessario di protezione e difesa verrebbe convertito in una lotta d'interessi e che l'abitualità dell'ufficio esercitato dal protutore sarebbe in contraddizione con la facoltà di comprare i beni del suo amministrato, perchè egli cercherebbe, come ogni compratore, di avvantaggiarsi a danno del medesimo. Il Ricci insieme a questi argomenti ne adduce altri due:

a) Il protutore potrebbe, usando della carica, spinto dall'interesse di comprare i beni dell'incapace, provocarne la vendita con pregiudizio del medesimo.

b) Egli avrebbe il mezzo di allontanare gli altri concorrenti dalla gara, i quali potrebbero forse offrire un prezzo maggiore, dando per esempio inesatte informazioni sui beni.

Il De Filippis (pag. 20, vol. 8), pare sia del nostro avviso.

36.° Le ragioni indicate abbastanza vaghe e generali non sono sorrette dalle disposizioni, che si trovano nel codice intorno agli incarichi speciali del protutore.

Non è dato parlare astrattamente di ufficio generoso di protezione, e di difesa convertiti in lotta di interessi. Sono slanci di sentimentalismo cotesti e non ragioni di diritto. Bisognerebbe dimostrare, come ciò possa accadere, indagando rigorosamente negli articoli del codice la natura giuridica, e non morale dell'ufficio della protutela. La ragione del divieto bisognerebbe ritrovarla nell'atto stesso della vendita. Bisognerebbe

provare, come il protutore acquistando i beni del minore, compia un atto inconciliabile con la natura giuridica del suo ufficio, e possa, traendo profitto dagli incarichi, che questo gli crea, ledere a suo vantaggio gl'interessi dell'incapace.

Non sarebbe possibile venire a tali conseguenze, se non dimostrando che egli eserciti un'ingerenza più o meno attiva, più o meno larga, più o meno diretta nell'amministrazione dei beni delle persone, sulle quali esercita la protutela, ovvero che abbia dalla legge un incarico di sorveglianza sull'amministrazione del tutore. In queste due ipotesi il divieto sarebbe completamente giustificato, perchè nella prima varrebbero le medesime ragioni, che lo determinano in rapporto al tutore, e nella seconda non sarebbe sperabile che il protutore vigili sulla condotta del tutore nella vendita, quando da compratore avrebbe interessi contrarii a quelli dell'incapace, e trarrebbe profitto dalla inesperienza e dalla disonestà del tutore. Ma egli non ha nè l'uno, nè l'altro ufficio.

Vediamo quali sono gl'incarichi, che la legge gli assegna. A me pare, si possano distinguere in due categorie. Ve ne ha di quelli essenziali, operativi, e ve ne ha altri meramente formali. I primi sono precisati dall'art. 266. Egli agisce per il minore, e lo rappresenta nei casi in cui vi sia opposizione d'interessi tra lui ed il tutore, e nel periodo di tempo in cui la tutela si trovi vacante o abbandonata, fin quando non venga nominato il nuovo tutore. I secondi sono quelli espressi dagli articoli 282, 306, 307. Il protutore deve intervenire alla formazione dell'inventario ed al rendimento dei conti. E si noti, che se la tutela cessi per la maggiore età dell'amministrato, non è l'intervento del protutore indispensabile. Non vi ha disposizione di legge, dalla quale risulti direttamente o indirettamente, che egli abbia ingerenza nell'amministrazione dei beni dell'incapace. La esercita nelle ipotesi prevedute dall'art. 266, ma in tali casi egli assume figura di tutore, e riconosciamo, che va soggetto al divieto sancito dall'art. 1457. Nè potrebbe trarsi un diverso avviso dalla sua assistenza all'inventario ed al rendimento dei conti, perchè ciò al contrario convalida la nostra opinione; egli non potrebbe assistere semplicemente a tali atti, se non fosse completamente estraneo all'amministrazione, la quale è tutta affidata al tutore, come è espressamente detto nell'art. 277.

37.° Ma esercita forse il protutore un'azione sorvegliatrice sull'amministrazione? I nostri civilisti lo sostengono ad eccezione del Ricci (vol. VII, n. 122). Il Borsari (vol. IV, pag. 1, sull'articolo 1457) afferma, che egli ha l'incarico di sorvegliare continuamente l'amministrazione, per accorrere, quando al minore manchi la ordinaria protezione del tutore che *rivede* e *contrassegna le operazioni* di costui, standogli al fianco come un'altra autorità parallela, che lo tiene in rispetto, e che il suo ufficio è quindi uno stato di continua opposizione al tutore.

Questo rapporto giuridico in verità non esiste. Certamente non risulta da alcuna disposizione del codice, anzi è respinto espressamente dallo stesso legislatore. Infatti nel codice francese troviamo costituito un perfetto sistema di vigilanza esercitata dal protutore sugli atti del tutore. L'art. 452 dispone, che la vendita dei mobili questi debba eseguirla con l'intervento del primo, l'art. 459 lo esige egualmente per la vendita degli immobili, e l'art. 470 dà al protutore l'incarico di controllare gli stati di amministrazione. Il nostro codice negli articoli 290 e 296 sopprime l'intervento del protutore nella vendita così dei mobili, come degli immobili, e nell'art. 303 dispone, che gli stati vengano presentati al consiglio di famiglia, il quale li farà esaminare da uno dei suoi membri, prima di deliberare.

Ma non vi sarebbe neppure il bisogno di ricorrere a simili importanti modifiche del nostro codice, per dimostrare, che in esso è escluso ogni incarico di vigilanza del protutore sull'amministrazione. È il legislatore medesimo, che lo dichiara formalmente. Il progetto ministeriale proponeva che nell'art. 235, in cui erano indicate le funzioni del protutore, fosse detto innanzi tutto: « Il protutore veglia l'amministrazione del tutore, e promuove presso il consiglio di famiglia i provvedimenti, che crede necessarii ed utili ». Questa parte dell'articolo fu respinta dalla Commissione senatoria e soppressa nell'art. 264 per le seguenti ragioni, che riproduciamo testualmente dalla relazione del Vigliani: « Questa attribuzione pone il seme di continua diffidenza fra il tutore ed il protutore, e genera un antagonismo, che non può essere non dannoso all'andamento della tutela. Gli effetti dell'ispezione del protutore, a supporre, che essa non giaccia lettera morta nella legge, non potrebbero essere altri, se non d'inceppare l'amministrazione tutoria e di affievolire la responsabilità del tutore, col dividerla, invece di rinvigorirla col concentrarla. L'ufficio di vigilanza sulla gestione appartiene al consiglio di famiglia, ed è sufficiente. Il protutore non è chiamato dalla sua prima origine, se non a rappresentare il minore nei casi, in cui sorga conflitto d'interesse tra lui ed il tutore ». Dopo di ciò giudichi il lettore, se la trattazione, che il Borsari fa dei rapporti tra protutore e tutore, risponda al concetto del legislatore, o contenga piuttosto un desiderato dell'illustre scrittore.

38.° Potrebbe ciononpertanto osservarsi, che il legislatore non ha voluto fare espressamente della protutela un uffizio di vigilanza continua, generale sull'amministrazione tutoria, ma non ha del tutto escluso tale incarico, che si manifesta indirettamente, sotto certe forme ed in certi casi speciali.

Abbiamo infatti delle disposizioni di legge, che potrebbero, considerate superficialmente, determinare un tal criterio. Ma esaminate attentamente nello scopo, che si propongono, lo escludono assolutamente.

L'art. 282 vuole, che l'inventario si faccia coll'intervento del protutore, il quale deve dichiararne nell'atto di deposito con giuramento la sincerità. L'art. 306 dispone, che il conto definitivo dell'amministrazione debba rendersi in presenza del protutore.

L'art. 307 stabilisce, che se la tutela cessa per la maggiore età dell'amministrato, il conto sarà reso a costui, ma il tutore non sarà efficacemente liberato, se l'amministrato non sarà stato assistito dal protutore.

Questi speciali incarichi assegnati al medesimo, ci si potrebbe dire, non sono, se non una manifestazione della sorveglianza, che egli esercita sull'amministrazione.

Rispondiamo con le seguenti considerazioni:

a) Il protutore può durante il corso della tutela assumere temporaneamente l'amministrazione dei beni con tutti gli obblighi, e con tutta la responsabilità di tutore. In vista di tale probabilità la legge vuole, che assista all'inventario, e ne attesti con giuramento la sincerità;

b) Il rendimento dei conti deve essere eseguito col suo intervento, perchè egli è chiamato a rappresentare il minore in caso di tutela vacante. È necessario quindi, che conosca lo stato, in cui si trova l'amministrazione. E che questo sia lo scopo principale della disposizione, risulta dal non essere il suo intervento indispensabile nel caso, che la tutela finisca definitivamente per la maggiore età dell'amministrato;

c) Egli d'altronde assiste semplicemente al rendimento dei conti, ma non ha l'incarico di controllarli, diguisachè la sua assistenza non può definirsi atto di sorveglianza sull'amministrazione;

d) Così il rendimento dei conti, come l'inventario, sono atti importantissimi di amministrazione, e la legge li circonda di cautele e di formalità, che ne assicurino la esattezza. Ha creduto quindi di dovere unire ai testimoni una terza persona stretta al minore da vincoli speciali di affetto, e che avesse dello stato dei beni amministrati maggiore conoscenza, ed ha scelto il protutore;

e) L'inventario segna l'inizio dell'amministrazione, il rendimento dei conti la fine; se l'intervento in tali atti del protutore costituisse per l'uno l'inizio, per l'altro la fine del suo uffizio di sorveglianza, dovrebbe questa esplicare la sua azione anche durante il corso dell'amministrazione; non vi ha però alcuna disposizione di legge, che la determini. L'importanza dell'intervento del protutore dunque considerato in rapporto all'amministrazione tutoria è puramente formale, e si arresta agli atti, per cui è richiesto.

L'art. 265 dispone, che il tutore non possa assumere l'esercizio della tutela, se non vi sia protutore. Nell'art. 267 è stabilito, che questi cessa colla nomina di un nuovo tutore. L'art. 259 nega nelle deliberazioni del consiglio di famiglia il

voto al tutore, quando si tratta della nomina, dispensa, o rimozione del protutore e lo nega a questo, quando si tratta della dispensa, o rimozione del tutore, o della nomina di un nuovo tutore.

Le disposizioni suindicate, potrebbero osservare i sostenitori dell'interpretazione dell'art. 1457 contraria a questa, che io presento, provano la esistenza di uno stato di opposizione tra l'uffizio del tutore e quello del protutore. Non si può certamente negare, che tra essi si venga a costituire un insieme di rapporti determinati dal fine comune, cui sono destinati, ma è falso, che rappresentino uno stato di opposizione, e che ciò si desuma degli articoli suindicati. La legge esige, che il tutore non possa assumere il suo uffizio, se non sia stato prima nominato il protutore, perchè crede indispensabile, vi sia una persona designata, permanentemente pronta nei casi preveduti dall'art. 266 a sostituire immantinente il tutore, onde evitare un ristagno benchè momentaneo nell'amministrazione. Il protutore cessa con la scelta di un nuovo tutore, perchè egli fu nominato per sostituire quel dato tutore. Quando costui lascia l'uffizio, il suo incarico è egualmente esaurito, il che non toglie, che possa essere rieletto dal consiglio di famiglia. Non ha voto il tutore, quando si tratti della nomina, dispensa o rimozione del protutore, e viceversa, perchè anche esclusa ogni ingerenza del secondo nell'amministrazione tutoria, ed ogni sorveglianza sulla medesima, cionondimeno l'essere egli chiamato in certi casi a sostituire il tutore rende il voto dell'uno, e quello dell'altro nei casi preveduti dall'art. 259 sospetto di non completo disinteresse ed imparzialità.

39.° Un ultimo argomento potrebbe venir fornito ai nostri avversari dallo stesso articolo 266. Se il protutore è incaricato di agire pel minore, e di rappresentarlo nei casi, in cui siavi opposizione d'interessi tra lui ed il tutore, ha egualmente l'obbligo e il diritto di vigilare sopra ogni atto della tutela, altrimenti non potrebbe conoscere, quando l'opposizione d'interessi nasca.

Ma ciò presuppone, come principio assodato, che al protutore spetti di rilevarla. Questo è infatti l'avviso del Borsar-(vol. IV, pag.), sull'art. 1457), e del Ricci (vol. VII, n. 122). Anzi il Ricci, attenendosi ad una decisione della Corte di cassazione di Palermo (18 febbraio 1880), afferma, che egli abbia il diritto di rilevarla non solo, ma di stabilirla, sostituendo il tutore, senza che sia necessaria la decisione, e l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

È questo un criterio perfettamente errato. È da presumersi innanzi tutto, che la opposizione d'interessi venga rilevata dal tutore medesimo. Non è giusto, supporre in lui *a priori* la mala fede, e l'intenzione di nuocere agli interessi della persona affidata alle sue cure. Al contrario il suo è uffizio di piena fiducia. Oltrechè si noti, che per gli atti, indicati nell'art. 296,

che eccedono la semplice amministrazione, è richiesta l'autorizzazione del consiglio di famiglia; diguisachè se in essi vi sia opposizione d'interessi, ha il consiglio l'incarico di dichiararla, chiamando il protutore ad agire per l'incapace. Per gli atti di semplice amministrazione in base dell'art. 257 hanno il diritto di rilevarla il tutore, il protutore e due consulenti, ed infine chiunque vi abbia un interesse legittimo. Di guisachè possiamo affermare, che l'opposizione d'interessi tra il tutore e l'amministrato può essere dichiarata dal tutore medesimo, dal consiglio di famiglia come corpo, e da ciascuno dei suoi componenti, non escluso il protutore, pel quale però non è questo un incarico speciale, ma una facoltà, che gli viene riconosciuta, come ad ogni altro membro del consiglio. Ed il nostro avviso è sorretto dalla parola della legge. L'art. 266 dà al protutore il diritto di agire per il minore, e di rappresentarlo nel caso in cui il suo interesse sia in opposizione con quello del tutore. Se avesse voluto affidargli in pari tempo l'incarico di rilevare la opposizione, lo avrebbe espressamente indicato; se tace, non è lecito creare una facoltà che la legge non concede. Ed ogni dubbio, infine, ne pare sia troncato dai motivi, che determinarono la Commissione senatoria a non accettare la prima parte dell'art. 235 del progetto ministeriale da me più innanzi esposti.

Se il protutore non ha l'incarico speciale di rilevare l'opposizione d'interessi, tanto meno ha il diritto di stabilirla, sostituendosi arbitrariamente al tutore. La decisione della Corte di cassazione di Palermo disconosce i più ovvi principii di diritto. Il giudizio del protutore potrebbe non essere imparziale e disinteressato, e venire determinato al contrario da un sentimento ostile al tutore, ovvero dalla speranza del vantaggio personale, nel compimento di un atto speciale dell'amministrazione. E se il tutore respinge l'opposizione d'interessi, dovrà ciononpertanto piegarsi inappellabilmente al giudizio del protutore, il quale sarebbe così giudice e parte nello stesso tempo? Ed a questo movimento dell'amministrazione rimarrebbe perfettamente estraneo il consiglio di famiglia. Tuttociò non è ammessibile. Evidentemente il consiglio di famiglia, che la legge costituisce come corpo vigilatore dell'amministrazione, ha l'incarico, rilevata l'opposizione d'interessi tra minore e tutore in un atto dell'amministrazione, di decidere affermativamente o negativamente chiamando nella prima ipotesi il protutore ad agire pel minore, ed a rappresentarlo nel disbrigo di quell'atto.

40.° Osserviamo in ultimo, che la legge non crea obblighi, ai quali non risponda una responsabilità in colui, che è tenuto ad adempierli, nel caso che vi venga meno. Gli articoli 280, 288, 291, 292, 293, 294, 302, 304, 309, infatti, determinano una larga sfera di responsabilità nel tutore, effetto dei gravi incarichi, che gli vengono imposti nell'esercizio della tutela, e comminano delle pene, nel caso che egli manchi di adempierli. Se il protutore avesse l'obbligo di sorvegliare l'amministrazione, certa-

mente sarebbe responsabile anche egli delle mancanze del tutore, quando non abbia curato di evitarle con la sua vigilanza. Ma non vi ha una sola disposizione nel codice, che determini, o lasci presumere una responsabilità qualunque in lui. E non è ciò, se non la logica conseguenza del non essergli affidata dalla legge, finchè non sia chiamato ad esercitare temporaneamente la tutela, alcuna funzione, tranne le due puramente formali indicate negli articoli 282 e 306. Nè varrebbe far ricorso all'art. 309, che parla delle azioni del minore contro il protutore, perchè esso si riferisce alle ipotesi prevedute dall'art. 266, nelle quali agendo egli da tutore, ne assume tutte le funzioni, tutti gli obblighi, tutta intera la responsabilità.

41.° Al protutore dunque non è assegnato dalla legge alcun incarico d'ingerenza nell'amministrazione, nè di vigilanza speciale sulla medesima. Diguisachè egli non ha, semprechè il tutore amministra, importanza maggiore di quella di ogni altro membro del consiglio di famiglia.

Ciò messo, perchè gli si dovrebbe imporre, anche quando non si trovi nelle ipotesi notate dall'art. 266 il divieto di non acquistare i beni del minore, divieto, che per i componenti del consiglio di famiglia non è stabilito? Egli non è chiamato a dare come il tutore il suo consenso speciale all'atto di vendita, diguisachè si possa sospettare, se il divieto mancasse, che questo suo consenso possa essere determinato dall'interesse proprio, e non da quello dell'incapace; concorre ad autorizzarla come ogni altro membro del consiglio. Non interviene in niun modo allo svolgimento della vendita, incarico affidato esclusivamente al tutore. Nè ha l'obbligo di sorvegliare costui, onde si possa opporre, essere impossibile, che vi adempia con esattezza e coscienza, quando abbia la facoltà in pari tempo di schierarsi tra i concorrenti all'asta.

Ritengo adunque, che il terzo caso dell'art. 1457 vada interpretato in rapporto al protutore restrittivamente, nel senso che non gli sia vietato di comprare i beni dell'incapace, se non nelle ipotesi prevedute dall'art. 266, quando cioè assume temporaneamente l'uffizio di tutore, ma che ne abbia il diritto durante tutto il corso di tempo, in cui questi amministra.

42.° In base dell'art. 1596 del codice francese il curatore ed il consulente giudiziario hanno la facoltà di comprare il primo i beni del minore emancipato, il secondo quelli dell'inabilitato affidati alle loro cure. Il nostro legislatore estendendo il divieto anche ai curatori dell'uno e dell'altro, dispone giustamente in conformità della natura e dello scopo dell'uffizio, di cui essi sono incaricati, e della garenzia, che richiedono gl'interessi della persona incapace a compiere atti relativi al proprio patrimonio, che eccedono la semplice amministrazione.

Il Laurent (vol. XXIV, n. 46), e tutti gli altri scrittori francesi, i quali interpretano restrittivamente l'art. 1596, trovano, che pel curatore e pel consulente giudiziario debbano valere le

medesime ragioni, che concorrono a giustificare nel protutore il diritto di comprare i beni del minore. Essi dicono: I primi non amministrano, come non amministra il secondo, l'amministrazione è affidata nell'un caso al tutore, nell'altro al minore emancipato, e all'inabilitato medesimo. Gli uni non intervengono nella vendita, come non v'interviene l'altro; non vi è quindi a temere, che autorizzati a comprare, siano messi nella posizone di venir meno al dovere di assistenza verso l'incapace.

Tutto ciò non è esatto. Il protutore fuori dei casi preveduti dall'art. 266 rimane perfettamente estraneo all'amministrazione. Il curatore del minore emancipato non amministra, ma ha dal suo uffizio un'autorità innegabile sull'incapace affidato esclusivamente alla sua cura, e può con i suoi consigli esercitare una influenza benefica, o dannosa sul modo di amministrare. Ma prescindendo da ciò, è forse la vendita atto di amministrazione? In base dell'art. 319 il curatore è chiamato a dare il suo consenso speciale per gli atti di alienazione dei beni del minore. Se egli quindi fosse facultato a comprarli, vi sarebbe il pericolo non allontanato interamente dalla necessità dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, e dell'omologazione del tribunale alla validità dell'atto, che il suo consenso dettato dall'interesse personale, dalla speranza di compiere un affare per sè vantaggioso determini un atto di alienazione dannoso agli interessi del minore. Oltrechè non essendo la vendita un semplice atto di amministrazione, che il minore possa compiere da sè in forza dell'art. 317, se vien fatta all'asta pubblica, il curatore ha l'obbligo d'intervenirvi, di assistere l'incapace, di curarne gl'interessi, tanto più che per l'art. 318 questi non può riscuotere capitali senza la sua assistenza. Or dunque come sarebbe sperabile, che egli adempia tale incarico con esattezza, con disinteresse, animato esclusivamente dall'intenzione di avvantaggiare l'incapace coll'elevamento del prezzo, se avesse la facoltà di schierarsi tra i compratori, e quindi l'interesse opposto di tener basso il prezzo, allontanando gli altri concorrenti dall'asta?

Le medesime ragioni valgono pel curatore dell'inabilitato, perchè, come dispone l'art. 339, egli ha l'obbligo di assisterlo negli atti di alienazione. E la sua assistenza costituisce l'unica garentia per gl'interessi dell'incapace, non essendo richiesta nè autorizzazione di consiglio di famiglia, nè omologazione di tribunale.

43.° Nel quarto capoverso dell'art. 1595 del codice francese è fatto divieto agli amministratori dei beni dei Comuni e degli stabilimenti pubblici affidati alla loro cura di essere aggiudicatari dei beni medesimi. Il penultimo capoverso dell'art. 1457 del codice italiano riproduce il divieto, ma soggiunge: salvochè per particolari circostanze nell'atto, che permette la vendita, siano essi autorizzati a concorrere agli incanti.

Questa eccezione fu stabilita per la prima volta nel codice

Albertino (art. 1482, cap. 4), ed accolta dall'Estense. Essa è dettata da un criterio pratico di opportunità, per cui il legislatore ha creduto conveniente di derogare al principio giuridico generale d'incapacità sancito dall'art. 1457. Tale criterio fu esposto nei motivi del codice Albertino (n. 449). Si disse, che nei villaggi quasi tutte le persone abbienti sono sollevate alle diverse cariche di amministratori del Comune, e che, se esse fossero escluse nella vendita dei beni comunali dagli incanti, si andrebbe incontro alla probabilità che questi rimangano deserti, o si mantengano bassi, a discapito degli interessi del Comune medesimo.

Certamente non cessa l'inconveniente che gli amministratori presentandosi tra i concorrenti, curino i proprii interessi personali, anzichè quelli del Comune. I quali però sono diversamente e con efficacia garentiti. La legge infatti esige l'autorizzazione nell'atto che permette la vendita, autorizzazione, che deve essere concessa per l'art. 137 legge comunale e provinciale dalla Deputazione provinciale, e che, è da presumersi, venga negata, se possa riuscire a disvantaggio degli interessi del Comune. Ma la legge ancora più cauta dispone, che non debba concedersi se non per circostanze speciali, e così limita anche la facoltà della Deputazione provinciale, che ha l'obbligo di giustificare la sua deliberazione e di negare l'autorizzazione, se non concorrono tali circostanze da renderla indispensabile, o almeno opportuna, perchè la vendita possa migliorare le condizioni economiche del Comune. Oltrechè gl'incanti hanno luogo coll'intervento di autorità superiori vigilatrici, diguisachè gli amministratori autorizzati alla vendita non avrebbero il mezzo per usare delle cariche che occupano a detrimento degli interessi municipali.

In verità non mi pare, che queste ragioni, che valgono a giustificare la eccezione relativamente agli amministratori dei beni comunali, abbiano la medesima efficacia in rapporto agli amministratori dei pubblici istituti. Questi vengono per lo più fondati nei grandi centri, nelle città anzichè nei villaggi, ed il numero degli amministratori è ristretto a poche persone, dimodochè non può dirsi, che la loro esclusione potrebbe far sì, che gli incanti rimangano deserti, o il prezzo si tenga basso, quando si è sicuri, che i concorrenti non mancheranno. D'altronde sarebbe a temersi, che essi decidano la vendita dei beni, animati piuttosto dalla speranza di acquistarli, che dall'intenzione di migliorare lo stato economico dell'istituto, chiedendo in pari tempo l'autorizzazione per la vendita e per sè medesimi. E se inoltre si consideri, come la conoscenza speciale che essi hanno dei beni, l'influenza ed i vantaggi, che la carica loro procaccia, sono mezzi efficaci a favorire i loro interessi personali a detrimento di quelli dei pubblici istituti, bisogna riconoscere, che il legislatore avrebbe meglio tutelati questi ultimi, imponendo agli amministratori divieto assoluto di concorrere agli incanti.

44.° In diritto romano veniva inibito ai presidi delle provincie e a tutti gli altri ufficiali di divenire cessionarii dei diritti di coloro che avevano affari innanzi ad essi. *Si cujuscumque modi actiones ad potentiorum fuerunt delatae personas debiti creditores jactura multentur. Aperta enim creditorum videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores* (C. l., III, XIV). Nel titolo *de litigiosis* del codice era dichiarato nullo ogni contratto litigioso, e venivano disposte *pene* severissime per l'alienante e per l'acquirente di mala fede. Erano però eccettuati dei casi, in cui la causa legittima del contratto lo rendeva valido. *Exceptis videlicet hujus dispositionis sanctione his, qui vel dotis nomine, vel ante nuptias donationis vel transactionis aut divisionis rerum haereditariarum factae, vel per legati fideicommissi vel per causam tales res vel actiones dederint acceperint* (C. l. 4, XXVIII, l. VIII, cod.). Era vietato inoltre non solo il patto di quota lite (l. 53 dig. *de pactis*) per cui veniva punito l'avvocato con la interdizione dall'ufficio (l. 41 *de postulando*), ma ogni sorta di convenzione tra avvocato e cliente. *Praeterea nullum cum eo litigare contractum quem in propriam recipit fidem ineat advocatus nullam conferat pactionem.*

45.° Queste rigide norme tramandate dal diritto romano costituiscono l'origine delle disposizioni contenute negli articoli 1597 del codice francese e 1458 del codice italiano. Il primo dispone: I giudici, i loro supplenti, i magistrati, che esercitano il ministero pubblico, i cancellieri, gli uscieri, i procuratori, i difensori ufficiosi ed i notai non possono diventare cessionarii delle liti, ragioni ed azioni litigiose, che sono di competenza del tribunale, nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni sotto pena di nullità, dei danni, interessi e delle spese.

L'art. 1468 del nostro codice riproduce la identica disposizione, con le due seguenti aggiunzioni: Rimane eccettuato dalle disposizioni precedenti il caso in cui si tratti di azioni ereditarie fra i coeredi, o di cessioni in soddisfazione di crediti, o per difesa di beni posseduti. Inoltre gli avvocati e procuratori non possono nè per loro, nè per interposta persona stabilire con i loro clienti alcun patto, nè fare coi medesimi contratto alcuno di vendita, donazione, permuta o altro simile sulle cose comprese nelle cause, alle quali prestano il loro patrocinio sotto pena di nullità, dei danni e delle spese.

46.° Le norme sancite in queste due ultime disposizioni sono implicitamente contenute nell'art. 1597 del codice di Napoleone, ovvero costituiscono una innovazione apportata dal nostro legislatore?

Il codice francese come il nostro, pur concedendo la facoltà del retratto litigioso al debitore contro il cessionario, gliela nega in tre casi speciali; quando la cessione siasi fatta ad un coerede, o condomino del diritto ceduto ad un creditore pel

pagamento di ciò, che gli è dovuto, al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso (art. 1548 cod. it.; 1701 cod. fr.). Il Grenier (Locré, VII, X, 38) nel discorso che pronunziò innanzi al Tribunato, sostenne doversi estendere questa eccezione anche al divieto sancito dall'art. 1597. Zachariae (vol. II, p. 188), Troplong (*Vente,* art. 1597) e Duvergier (vol. I, n. 195 e seg.) non trattano di proposito la questione, ma implicitamente escludono la interpretazione proposta dal Grenier. La respingono categoricamente gli altri civilisti (Laurent, p. 72, n. 62; Aubry e Rau, t. IV, p. 454, n. 12; Marcadé, vol. 4, p. 367; Duranton, XVI, 142, § 538; Colmet de Santerre, VII, p. 46, n. 24).

Ed in vero essa non risponde al pensiero del legislatore francese, il quale, se avesse voluto porre una eccezione così rilevante ad una norma di ordine pubblico, non avrebbe mancato di sancirla espressamente, come il nostro legislatore ha fatto. In Consiglio di Stato nell'esposizione dei motivi, nel rapporto al Tribunato non vi si accenna, dimodochè bisogna credere, che il Grenier abbia manifestato un'opinione del tutto individuale.

Il patto di quota lite, di cui dispone l'ultimo capoverso dell'articolo 1458 del codice italiano proibito dal diritto romano e dall'antica giurisprudenza francese (Merlin, v. *quota litis*), è giudicato nullo da tutti gli scrittori francesi. La dottrina però non è concorde sulla causa, per cui possa venire impugnato di nullità. Una parte degli scrittori, Dalloz (n. 2010, *Vente*), Marcadè (t. IV, p. 367), Troplong (*Vente* sull'art. 1597), sostengono, che esso sia contenuto tra le cessioni di liti, azioni e diritti litigiosi dichiarate nulle dall'art. 1597. Rolland de Villargues, (rep. v. *Quota litis*), Favard de Langlade (rep. p. *ven.*), Duvergier (vol. I, n. 201) e Laurent (t. 24, p. 70) opinano, essere impugnabile di nullità il patto di quota lite, non in base dell'articolo 1597, da cui non è contemplato, ma come contrario all'ordine pubblico. Noi siamo di questo secondo avviso, non essendo la quota lite una cessione, ma un mandato salariato, o una locazione d'opera.

Resta fermo dunque, che le disposizioni contenute nel secondo e nel terzo capoverso dell'art. 1458 del nuovo codice sono estranee all'art. 1597 del codice francese.

47.° Passiamo ad esaminarle. La eccezione posta al divieto contenuto nel primo capoverso dell'articolo succitato per i tre casi contemplati dal secondo capoverso è giustissima. Quale è la ragione del divieto? La necessità sociale, che le persone indicate nell'art. 1458 esercitano il loro ufficio con dignità, onestà e disinteresse, e che il loro prestigio non venga mai meno. Se esse potessero divenire cessionarie delle liti, ragioni ed azioni di competenza della Corte, di cui fanno parte, o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, vi sarebbe il pericolo di vedere trasformate non poche di loro in affaristi e litighini con

grave discapito del decoro della classe cui appartengono, e degli interessi privati dei litiganti.

Ma valgono forse queste ragioni nei tre casi preveduti dal secondo capoverso dell'art. 1448?

Il Laurent loda il legislatore francese, per non avere esteso all'art. 1597 le eccezioni poste dall'art. 1701, perchè l'***abuso di influenza***, per cui la legge proibisce a certe persone di divenire cessionarie di diritti litigiosi, non è affatto escluso nelle tre ipotesi indicate nell'art. 1701, e perchè di fronte all'interesse della giustizia ed alla onorabilità di quelli che lo esercitano, deve cedere l'interesse pecuniario che costoro possano procacciarsi con l'acquisto di diritti litigiosi.

A me pare, che siano questi criterii esagerati, estranei al divieto imposto dall'art. 1599, che non è determinato, a me pare, dall'abuso d'influenza pregiudizievole all'amministrazione della giustizia, che le persone indicate, se il divieto non esistesse, potrebbero esercitare, traendo vantaggio dall'ufficio che occupano. Loro non è certamente negato dalla legge il diritto d'iniziare liti proprie nella giurisdizione, in cui esercitano le proprie funzioni, ed in tal caso non sarebbe forse a temersi il medesimo inconveniente? Ma sarebbe questa poi una supposizione indegna di un legislatore, offensiva verso i magistrati, i quali al contrario, bisogna presumere amministrino la giustizia con imparzialità ed onestà, non esercitando, nè subendo pressione di sorta. E. d'altronde sarebbe questa una ragione valevole per i soli magistrati, e non per gli avvocati, per i notai, per gli uscieri. Il Portalis infatti (n. 16, VIII, vol. VII, Locré) ne sostiene l'efficacia esclusivamente in rapporto ai primi. Quale influenza, quale autorità volete che eserciti sulla magistratura, se pure è onesta, ripeto, tale presunzione, un usciere od un notaio? E se tra gli avvocati ve ne ha di quelli, che per la posizione particolare, che occupano nella società, potrebbero usare delle pressioni sui giudici, le userebbero indubitatamente così nei casi in cui sostengono delle liti cedute e fatte proprie, come quando si presentano da difensori delle cause altrui. Riconosciamo che questo motivo è espresso dal Portalis (VIII, 87) e dal Faure (IX-15, Locré, VII). Ma il Grenier non assegna, se non quello da noi accettato. E benchè il pensiero del legislatore francese trovi naturalmente nell'esposizione dei motivi e nel rapporto al Tribunato una esatta riproduzione, ciononpertanto accade non di rado di vederlo sostituito dagli apprezzamenti individuali del Portalis o del Faure. Ed il Laurent spesso nell'interpretare il testo di legge non accetta i criterii dai medesimi esposti. Se dunque la ragione del divieto imposto dall'articolo 1597 non è l'abuso d'influenza pernicioso all'amministrazione della giustizia, che potrebbero esercitare le persone in esso indicate cessionarie di liti, non è consentito affermare, che esso giustamente debba estendersi anche ai casi preveduti dal secondo capovorso del nostro art. 1458, perchè in essi quella ragione perdurerebbe.

I motivi del divieto, giova ripeterlo, consistono nella necessità sociale, che alle persone indicate nell'art. 1458 non sia offerta l'occasione di venir meno ai doveri di dignità e di prestigio imposti dalle cariche che occupano, e nell'interesse privato dei litiganti, che facilmente verrebbero lesi per il rapporto di sottomissione, da cui sono ligati verso quelle.

Tali motivi perdono ogni efficacia nelle tre ipotesi eccettuate dal nostro legislatore, le quali prevedono una causa di cessione di lite legittima ed onesta, costituita da un interesse del cessionario precedente alla cessione, che gli torna utile non per il lucro che possa trarne, ma perchè destinata al soddisfacimento o alla garentia di un diritto che egli di già possedeva, diguisachè cade in tali casi il sospetto, che i magistrati, gli avvocati, ecc., mirino a compiere delle speculazioni a danno dei cedenti, e sciupino la dignità personale e quella della classe. La eccezione dunque posta dal nostro codice al divieto sancito dall'articolo 1458 nel secondo capoverso dell'articolo medesimo è giustissima.

48.° Si presenta la seguente quistione. La eccezione, di cui trattiamo, è stabilita in vantaggio delle sole persone indicate nell'articolo succitato, ovvero anche di quelle considerate nell'articolo 1457? Dei nostri civilisti il Ricci (vol. VII, n. 308) ed il Borsari (vol. IV, p. 1, art. 1458), benchè non pongano la quistione, lasciano pure comprendere, dal modo come trattano delle tre ipotesi notate, il loro criterio. Il primo estende l'applicabilità del secondo capoverso dell'art. 1458 anche alle persone indicate nell'art. 1457, il secondo la restringe a quelle notate nel primo capoverso dell'art. 1458.

Noi dividiamo la opinione del Ricci sorretta innanzi tutto dalla parola della legge. Nel secondo capoverso più volte citato è detto: *Rimane eccettuato dalle disposizioni precedenti.* Ed il primo capoverso dell'art. 1458 non contiene che una sola disposizione; dunque il secondo non può non riferirsi alle altre precedenti contenute nell'art. 1457. Certo se costituisse un articolo staccato, ogni dubbio sarebbe escluso. Si noti però, che esso fa parte dell'art. 1458, perchè le tre ipotesi che prevede, riguardano esclusivamente la cessione di azioni, o diritti litigiosi, regolata appunto dall'articolo suddetto.

Ma concorrono ragioni di diritto decisive a sostegno della nostra opinione. Quale è il motivo per cui le persone indicate nell'art. 1457 non possono divenir cessionarie di liti, ragioni, ed azioni litigiose appartenenti agli incapaci, o ai pubblici istituti i cui beni sono incaricati di amministrare? Non altro, se non quello che determina il divieto generale di comprare, sancito dall'articolo suddetto, la presunzione cioè che esse, se avessero dalla legge il diritto di divenirne acquirenti, animate dai proprii interessi di compratori danneggerebbero quelli delle persone private o giuridiche che la legge medesima affida alle loro cure. Questa presunzione cade totalmente nei tre casi preveduti

dal secondo capoverso dell'art. 1458, perchè essi riguardano un interesse legittimo speciale nel cessionario ad acquistare il diritto litigioso, destinato nel primo a completare, nel secondo a garantire, nel terzo a soddisfare un diritto costituito precedentemente alla cessione. Se quindi il tutore acquista un diritto litigioso del minore, ed il curatore dell'inabilitato in uno dei tre casi suaccennati, essi agiscono per uno scopo legittimo, e non per procacciarsi un vantaggio disonesto a danno degli incapaci.

Nè è a temere che costoro manchino di assistenza nel trattare la cessione. Se cessionario è il tutore in base dell'art. 266, egli verrà surrogato dal protutore; se il genitore, in forza dell'art. 224 sarà nominato ai figli un curatore speciale; se il curatore interviene, il consiglio di famiglia, nominando uno dei suoi membri per assistere il maggiore emancipato, ovvero l'inabilitato. Se cessionarii sono gli amministratori dei pubblici istituti, gl'interessi di questi vengono garantiti dalla necessità dell'autorizzazione delle autorità superiori all'atto di cessione, e dal loro intervento nell'eseguirlo. Le tre ipotesi notate nel secondo capoverso dell'art. 1458 vanno considerate, a me pare, tra quelle circostanze speciali, alle quali accenna il terzo capoverso dell'art. 1457.

Notiamo d'altronde che il legislatore col divieto generale, di cui ci occupiamo, ha ristretto per determinate persone una facoltà di diritto comune. Ed il suo rigore diverrebbe ingiusto, se volesse limitarla al punto di disconoscere e pregiudicare i loro legittimi interessi.

49.° Il Ricci (vol. VII, n. 130) opina, che la eccezione contenuta nel capitolo citato debba aver vigore anche per le ipotesi di cessione di beni e di diritti litigiosi comuni al cedente ed al cessionario, e di cessione di beni, di cui l'uno sia proprietario e l'altro usufruttuario. Non possiamo accettare questa sua opinione. La eccezione suddetta costituisce una deroga ad un principio generale di ordine pubblico; essa quindi va applicata restrittivamente ai soli casi tassativamente indicati dal legislatore.

50.° Passiamo ad esaminare il terzo capoverso dell'art. 1458. Esso contiene una disposizione estranea al codice francese. Proibisce tra avvocato e cliente non solo il patto di quota lite, cioè la convenzione per cui il primo s'incarica di procacciare al secondo la soddisfazione di un diritto litigioso, mediante l'abbandono di una parte del medesimo, ma qualunque contratto di vendita, permuta o donazione sulle cose comprese nella causa, alla quale l'avvocato presta il suo patrocinio. Inesattamente il Ricci qualifica anche questi come patti di quota lite (vol. VII, n. 128).

Per il codice francese è nullo certamente il patto di quota lite, perchè contrario ad un principio di ordine pubblico, ma è valido ogni altro contratto della natura di quelli notati nel terzo

capoverso del nostro art. 1458. Essi potranno essere impugnati come simulati, mascherando sotto forma di vendita, permuta, ecc., un patto di quota lite, ma non come contrarii all'ordine pubblico, poichè si presentano sotto una forma giuridica legittima, nè come contrarii alla legge, non essendovi alcuna disposizione speciale che li divieti. Ed infatti la dottrina e la giurisprudenza precedenti alla compilazione del codice francese e quelle posteriori dichiarano nullo esclusivamente il patto di quota lite, e non ogni altro contratto di alienazione tra cliente e patrocinatore.

Il nostro legislatore ha ritornato in vita il divieto imposto dal dritto romano, spogliandolo del suo eccessivo rigore, uniformandolo allo spirito di libertà contrattuale, che domina nelle nostre leggi, restringendone logicamente l'efficacia ai soli contratti tra avvocati e clienti, che abbiano per oggetto le cose su cui si litiga.

Egli si è ispirato ai due seguenti concetti:

a) L'avvocato nella lite assume l'obbligo di agire, allo scopo di procurare al suo cliente il riconoscimento o la reintegrazione di tutto intero il suo diritto negato o leso. Verrebbe meno egli a tale missione, se avesse la facoltà di far sua per contratto o per donazione una parte del dritto litigioso.

b) Vale la presunzione, che qualunque convenzione si stabilisca tra avvocato e cliente sulle cose, oggetto della lite non solo possa mascherare un patto di quota lite, ma sia, anche se non simulato, stipulato sotto l'influenza, che può trasformarsi in pressione, dell'avvocato sul cliente per la condizione di sottomissione, in cui si trova il secondo di fronte al primo, e contenga di conseguenza un doppio motivo di nullità, un vizio cioè nel consenso di uno dei contraenti ed una causa illecita, perchè contraria all'ordine pubblico ed al buon costume. Ciò che pel codice francese bisogna provare, pel nostro si presume.

51.° *Capacità della cosa.* — L'art. 1598 del codice francese non è riprodotto dal nostro. Esso dispone, che si può vendere tuttociò, che è in commercio, quando leggi particolari non ne abbiano vietata l'alienazione. La prima parte dell'articolo sancisce la medesima norma fermata dall'art. 1116 del nostro codice. Il legislatore avendola stabilita nella parte generale dei contratti ha creduto superfluo di ripeterla per un contratto speciale. La seconda parte contiene un principio generale di legge, che ha vigore tra noi, come in ogni altro Stato civile. Ogni legge speciale posteriore al codice, e che ne modifica alcune disposizioni, ha pieno vigore, e lo sostituisce nei casi da essa preveduti e regolati. Così è per la vendita dei sali e tabacchi, delle materie venefiche, ecc.

52.° L'art. 1599 del codice francese stabilisce: La vendita della cosa altrui è nulla. Essa può dar luogo al risarcimento dei danni, quando il compratore abbia ignorato, che la cosa fosse d'altri. L'art. 1459 del codice italiano riproduce la identica

disposizione ed aggiunge: La nullità stabilita da questo articolo non si può mai opporre al venditore.

Quale è l'importanza di questo secondo capoverso? La dottrina francese non è concorde sul modo come bisogna intendere la nullità disposta dall'art. 1599. Foleville (*Essai sur la vente de la chose autrui*), Marcadé (vol. 4, pag. 371), Leligois (*De la vente de la chose autrui*, «Revue critique» 1869) giudicano. che la vendita della cosa altrui sia inesistente, Dalloz (*Vend.* n. 451), Duvergier (vol. I, n. 217), Zachariae (II, p. 501), Aubry e Rau (t. 4, p. 356), Massé e Vergé, Delvincourt (t. II, III) la dichiarano non inesistente, ma nulla in modo assoluto. Merlin. Troplong (*Vente*, art. 1598), Larombière, Mourlon (t. III, p. 227), Colmet de Santerre (t. VII, p. 52, n. 28 *bis* 2), Laurent la reputano viziata di nullità relativa. Quale delle tre interpretazioni risponde esattamente al concetto del legislatore? Bisogna riconoscere che non è facile stabilirlo. L'art. 1599 si presta egualmente a ciascuna di esse. Nè maggior luce ci danno i lavori preparatorî, nei quali regna una diversità ed un'incertezza di criterî, che certo non concorre a dissipare le difficoltà d'interpretazione determinate dalla dicitura equivoca del testo di legge.

E le divergenze tra gli autori crescono, quando si tratta di stabilire, a quale dei contraenti spetti, ed in quali casi l'azione di nullità. Essi quasi tutti non hanno dei criteri sicuri, e cadono spesso in evidenti contraddizioni col sistema che sostengono. Il Marcadé afferma, che la vendita della cosa altrui non è semplicemente nulla, ma giuridicamente inesistente, ed in pari tempo viene a delle conseguenze, che presuppongono un vizio di nullità relativa nella vendita. Infatti nega al venditore il diritto di impugnarla così in via di azione, come in via di eccezione; sostiene, che il compratore diviene proprietario della cosa con la prescrizione decennale, e che la nullità è sanabile con la conferma del vero proprietario, conferma che toglie al compratore ogni diritto ad agire. Zachariae, Duvergier, Dalloz ed altri, pur dichiarando nulla in modo assoluto la vendita della cosa altrui, accordano al venditore il diritto di proporre la nullità solo in via di eccezione, e quando non avendo ancora consegnata la cosa venduta, sia convenuto dal compratore, perchè effettuisca la consegna.

53.° Il nostro legislatore col 2.° capoverso dell'articolo ha troncato ogni quistione, cui dava origine la dicitura equivoca dell'art. 1599 del codice francese. Riconosce l'esistenza giuridica della vendita della cosa altrui, la considera come viziata di nullità relativa, e concede il diritto d'impugnarla al solo compratore, negandolo al venditore, che non vi avrebbe interesse alcuno.

Non mi fermo a trattare delle ragioni, che sostengono il sistema del nostro codice, nè del modo come bisogna intenderlo, nè delle conseguenze, che esso determina in rapporto ai mezzi

efficaci a sanare la nullità della vendita, essendo tutto ciò largamente svolto dal Laurent, il quale interpetra la disposizione del codice francese in conformità di tal sistema.

IV.

Delle modalità del contratto di vendita.

54.° Passiamo a parlare delle modalità, che possono accompagnare il contratto di vendita. Di esse alcune sono comuni ad ogni altro contratto, altre speciali alla compravendita. Le prime quindi vengono regolate così per il codice francese, come per il nostro dalle norme stabilite nella parte generale delle obbligazioni. L'art. 1584 del codice francese e l'articolo 1449 del codice italiano dispongono egualmente, che la vendita può essere condizionale, o alternativa, ed il suo effetto è regolato dai principii generali dei contratti. In quanto al termine bisogna distinguere, se esso è apposto alla esecuzione della vendita ovvero in modo speciale agli obblighi del compratore, o del venditore. Nel primo caso sono applicabili le norme dettate nella parte generale delle convenzioni (art. 1172 e seg. cod. italiano, (art. 1185 e seg. cod. francese). Nel secondo caso si hanno delle regole speciali, di cui per necessità di sistema dovremo occuparci, quando tratteremo degli effetti della vendita. Le seconde sono:

a) caparra;

b) patto di vendita mobiliare in massa, o a peso, numero o misura;

c) patto di precedente assaggio;

d) vendita immobiliare a misura o a corpo;

e) patto di riscatto convenzionale.

55.° *Caparra.* — Vi ha una disposizione sulla caparra nel codice francese, che manca nel nostro. L'art. 1590 dispone, che se, la promessa di vendita sinallagmatica è stata fatta mediante caparra, ciascuno dei contraenti è in arbitrio di recedere dal contratto, quegli che l'ha data perdendola, e quegli, che l'ha ricevuta, restituendo il doppio. Questa disposizione, posta come un'eccezione alla precedente, che dichiara equivalere la vendita alla promessa di vendita, quando vi sia il consenso sulla cosa e sul prezzo, riprodotta da tutti i codici dei diversi Stati d'Italia, fu soppressa insieme alla precedente dal nostro legislatore, dimodochè la caparra nella promessa di vendita va regolata dall'art. 1217, che contiene un principio recisamente opposto a quello stabilito dall'art. 1590 del codice francese.

Faremo brevemente tre indagini:

a) Fino a qual punto diversificano le due disposizioni:

b) Da quali motivi sono esse determinate;

c) Quale delle due è da preferirsi.

56.° Non bisogna intendere come assoluta la regola stabilita dal codice francese nell'art. 1590, in modo da imporsi finanche alla espressa volontà delle parti. Tutti gli scrittori francesi, accogliendo la dichiarazione fatta dal Portalis nell'Esposizione dei motivi (Locré, v. 7, c. VIII), sono concordi nell'affermare, che devesi innanzi tutto indagare la intenzione delle parti, e riconoscere fedelmente nella caparra quel significato, e quel valore giuridico, che esse hanno inteso di darle. Il nostro articolo 1217 stabilisce similmente, che la presunzione da esso stabilita non ha alcun vigore, quando risulti una diversa volontà dei contraenti. Dunque amendue i codici riconoscono piena libertà nelle parti, che stipulano una promessa di vendita di dare alla caparra quel significato, che meglio credono, d'intenderla cioè come anticipo di prezzo, come penale per il rifacimento dei danni in caso di inadempimento della convenzione, o come facoltà di recedere dal contratto, ed impongono al magistrato d'indagare e di rispettare la loro volontà. Quando però questa non risulti dall'atto, ovvero sia dubbia, il codice francese presume, che i contraenti, dando la caparra, vogliano riservarsi il diritto di recedere dalla promessa, rilasciandola a titolo di danni. Il nostro al contrario la considera come una cauzione pel risarcimento dei danni, ma nel caso che si venga meno alla promessa da una delle parti, e l'altra non preferisca di ottenerne l'adempimento.

57.° Dai lavori preparatorî del cod. francese risulta, che i motivi dell'art. 1590 sono due: L'uno è quello esposto dal Faure nel suo rapporto al Tribunato (num. 10-X, v. VII Locré). La stipulazione della caparra non avrebbe veruno scopo, se l'intenzione delle parti non fosse stata quella di riserbarsi il diritto di recedere dalla promessa. L'altro indicato dal Grenier (c. X, n. 10, v. c., Locré) consiste nella necessità di porre un termine al dissenso, che regnava nelle consuetudini e nella dottrina sul significato della caparra con una norma precisa e generale. A noi pare, che questi due motivi non valgano a giustificare la disposizione di legge. Nell'art. 1590 si è consacrato il principio, che la promessa di vendita, quando vi sia il consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo, equivale alla vendita perfetta. Nè il Faure, nè il Grenier ci lasciano comprendere, perchè, se è accompagnata da caparra, non è più vendita, ma semplice promessa, con la facoltà inoltre di recederne, un progetto di vendita cioè, che non costituisce un *vinculum juris*. Dice il Faure, perchè altrimenti la stipulazione della caparra non avrebbe scopo alcuno. Ma che forse non è possibile che si abbia una vendita perfetta, accompagnata da caparra, e che questa rappresenti nella intenzione delle parti, anzichè la facoltà di recedere dal contratto, un vincolo per la esecuzione del medesimo? È vero, che prima della compilazione del codice, delle consuetudini alcune consideravano la caparra, come la facoltà di recedere dal contratto, altre come un vincolo per la sua ese-

cuzione, e che nella dottrina regnava il medesimo disaccordo, dimodochè era indispensabile di consacrare nel codice una norma generale, che troncasse ogni quistione. Ma stabilito, che la promessa di vendita equivale alla vendita, quando concorrono i tre elementi costitutivi della medesima, sarebbe stato logico di regolare gli effetti della caparra nella vendita, ed i medesimi criterî si sarebbero applicati alla promessa Noi tenteremmo di dare dell'art. 1590 la seguente interpretazione. Si disputava nell'antica dottrina sul significato della caparra nella vendita perfetta definitivamente stipulata. Ma si era di accordo nel ritenere, che se essa fosse accompagnata ad un contratto di vendita semplicemente proposto, progettato e non stipulato, indicasse la volontà delle parti di riserbarsi il diritto di recedere dalla promessa (Pothier, 575, vend.). Tale principio ha forse voluto consacrare il legislatore nell'art. 1591. E così solo può dissiparsi l'apparente contraddizione tra questo articolo ed il precedente. Nel primo la promessa di vendita è considerata come un contratto perfetto definitivo, nel secondo come un semplice progetto, nell'uno la caparra è una convenzione accidentale, nell'altro costituisce l'oggetto stesso della convenzione, come dichiara il Pothier. Il Troplong (*Vend.*, art. 1590) pare si avvicini a questa opinione.

Però il Laurent e tutti gli altri scrittori francesi implicitamente la respingono, perchè considerano la promessa nell'art. 1590 come fornita di tutti i caratteri di un contratto perfetto, e riconoscono nella caparra la forza di trasformarlo in un semplice progetto, e di dare ai contraenti la facoltà di recedere da quanto è stabilito. Se si vuol seguire questa interpetrazione, bisogna assolutamente riconoscere, che la contraddizione tra le due disposizioni non è apparente, ma reale.

58.° Nel nostro codice, soppressi i due articoli suindicati, il carattere della caparra, nel caso che le parti non dichiarino la loro volontà, è perfettamente stabilito dall'art. 1217 applicabile ad ogni convenzione. Esso è conforme ai sani criterii di diritto ed insieme alle esigenze sociali. È da presumersi, che quando si contratta si abbia la intenzione di dare piena esecuzione a quanto si è stabilito. E tale presunzione, elevata a legge, favorisce la determinazione e la stabilità dei rapporti giuridici. Nella promessa di vendita sinallagmatica essa ha maggiore efficacia che in ogni altro contratto; perchè, obbligandosi le parti a compiere una vendita futura, e potendo, finchè questa non è stipulata, liberamente disporre l'una della cosa, e l'altra del prezzo, è da presumersi, che la caparra costituisca un vincolo per l'adempimento della promessa, ed una garenzia in pari tempo pel caso, in cui vi si venga meno.

59.° Quale è il carattere giuridico della caparra nella vendita perfetta?

Nel diritto romano avanti Giustiniano essa era considerata come un mezzo di prova della perfezione della vendita, e non

come un mezzo, onde svincolarsi dalla medesima. *Quod harrae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae* (Caio, *Ist.*, Com. 3, n. 139; Cujacio, *obs.*, l. 11, c. 17 cod. *de fid. inst.*). Tra gli interpetri si disputò se Giustiniano nel proemio al titolo 24 del l. 3, *inst.*, abbia modificato questa regola, riconoscendo nella caparra la espressione della volontà dei contraenti di riservarsi la facoltà di recedere dal contratto. ovvero no. Sostennero l'affermativa Cynus, Alberico, Saliceto, Gomes, Zuzio e Fachineo. Sostennero la negativa Vinnio, Pothier, Voet, Despeisses, Guiot, Cujacio, Bartolo, Castro.

A me pare, che Giustiniano non abbia per nulla mutato il primitivo significato giuridico della caparra. Egli comincia col dichiarare, che nelle vendite verbali *quod harrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.* Tratta in seguito di quelle, *quae scriptura conficiuntur,* e dice: *Non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi et istrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta, et si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, impune partibus recedere concedimus, nisi jam harrarum nomine aliquid fuerit datum; hoc enim subsequuto sive in scriptis, sive sine scriptis, venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super harris nihil expressum est.* Da ciò risulta, che la caparra non costituisce *argumentum emptionis contractae,* se non quando si tratti di un semplice progetto di vendita, dal quale le parti han diritto di recedere, si noti, anche quando essa non siasi data. Nè varrebbe opporre, che in seguito è dichiarato, che data la caparra colui, che ricusa di eseguire il contratto, se è compratore perde quello che diede, se è venditore è tenuto a restituire il doppio, così nelle vendite scritte, come nelle verbali; poichè bisogna credere, che Giustiniano intenda parlare della ipotesi, in cui la parte, che non è in colpa, non preferisca di ottenere l'adempimenlo del contratto, ed è naturale, che in tal caso la caparra produca l'effetto indicato. Altrimenti dovremmo riconoscere una evidente contraddizione tra il principio fermato nella prima parte, e quello stabilito nella seconda dell'introduzione al titolo XXIV.

60.° Dopo la formazione del codice Napoleone la disputa rinacque. Malleville (sull'art. 1540), Pardessus (t. II, n. 319), Pothier (l. c.) sostengono, non essere applicabile al contratto di vendita la norma sancita nell'art. 1590, e costituire la caparra una penale in caso d'inadempimento del contratto, quando non si preferisca di reclamarne la esecuzione. Delvincourt (vol. II, pag. 87, n. 24), Zachariae, Duvergier (t. I, n. 135), Aubry e Rau (n. 25 e 26), Troplong (l. 140), Duranton (XVI, 50) si avvisano, che abbia nella vendita la medesima importanza che ha nella

promessa sinallagmatica; Dalloz (*Vente,* n. 128), Marcadé (t. IV, pag. 172), Laurent (vol. XXI, n. 27) respingono amendue questi criterii sostenendo, che non debba valere alcuna norma generale, e che debba desumersi il significato della caparra dalla interpretazione del contratto, e dalla prova che forniscono attore e convenuto.

61.° Delle tre opinioni, la prima è la più sana, perchè meglio interpreta, come abbiamo innanzi notato, la intenzione dei contraenti, e favorisce la stabilità dei rapporti giuridici. Non è però sorretta da alcuna disposizione di legge, perchè la norma contenuta nell'art. 1217 del codice italiano manca nel codice francese. La seconda sostenuta dal modo equivoco, onde sono formulati gli articoli 1589 e 1590, è assolutamente da escludersi, come contraria al principio di diritto indicato, ed alla legge scritta; essendochè, come nota il Laurent, la disposizione dell'art. 1590 è di indole speciale, efficace solo per la promessa, non estensibile quindi al contratto di vendita. La terza è conforme al pensiero del legislatore, il quale, non avendo stabilito alcuna regola sul carattere e sugli effetti della caparra, ha voluto lasciare al magistrato la facoltà di determinarli, indagando la volontà delle parti. È questo però un criterio incerto e pericoloso. Non sempre la intenzione dei contraenti risulta dal contratto, non sempre le prove, che essi forniscono, valgono a chiarirla. E nel dubbio quale sarà la decisione del magistrato? Il nostro legislatore opportunamente ha colmato la lacuna lasciata dal codice francese con l'articolo 1217, il quale è applicabile per la vendita, come per ogni altro contratto. Quasi tutte le legislazioni vigenti consacrano la medesima norma.

V.

Vendita in massa o a peso, numero e misura.

62.° I criteri che la regolano nel codice francese contenuti negli articoli 1585 e 1586 sono riprodotti nel nostro codice negli articoli 1450 e 1451. Però nel secondo capoverso di quest'ultimo articolo è stabilita una importantissima innovazione sul modo come bisogna intendere la vendita in massa. « S'intende fatta la vendita in massa, se le cose sono state vendute per un solo e certo prezzo, senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero o alla misura, o anche quando vi si abbia riguardo unicamente all'effetto di determinare la quantità del prezzo medesimo ». Nel codice francese manca questa disposizione. Si disputa quindi per determinare, se, *venduta* della merce in blocco ad un prezzo determinato in rapporto però al peso, al numero o alla misura, si abbia una vendita in massa o a peso, numero e misura, e se di conseguenza essa sia per-

fetta, e la merce sia messa a pericolo e rischio del compratore al momento, in cui il contratto è stipulato, ovvero dopochè essa è pesata, numerata o misurata. Pothier (*Vente*, n. 308) sostenne la prima opinione. Zachariae. Aubry e Rau (t. IV, pag. 341), Troplong (*Vente*, n. 87). Marcadé (t. IV, art. 1586), Delvincourt (t. II), Colmet de Santerre (t. VII, pag. 11, n. 7) seguono il suo avviso Merlin (rep. *vend.* 4 e 2), Pardessus (n. 79), Duranton (t. XVI, n. 88), Fenet (XIV, pag. 21), Duvergier (l. 90), Laurent (vol. XXIV, n. 136), attenendosi ai principii del diritto romano (l. *quod saepe 35* § *in his, quae* 5 *ff. de contract. empt.*, l. I, § 1, in fine ff. h. t. I, *cum convenit* 2, cod , t. I), propugnano la seconda. Il codice francese però, come dichiara lo stesso Laurent, ha consacrato la dottrina del Pothier. Il nostro legislatore ha accolto l'opinione contraria, elevandola espressamente a norma di legge. Si è uniformato così al concetto giuridico della vendita in massa, ed ai criterii che regolano il perfezionamento della vendita in generale.

63.° Esaminiamo la quistione praticamente. Si vende in blocco tutto il grano riposto in un magazzino, senza che si abbia in considerazione la sua quantità. Però il prezzo è determinato ad un tanto per ogni tomolo, bisogna quindi misurare il grano non per altro, che per calcolare l'ammontare del prezzo. Dicono una parte degli scrittori francesi, e principalmente il Troplong, che in tal caso la vendita non è perfetta, ed il rischio non passa nel compratore, se non quando sarà eseguita la misura, poichè le parti non hanno inteso di comprare la massa confusa, ma distinta e misurata, ed il prezzo è ancora indeterminato, non potendo essere stabilito, se non dalla misura.

Ciò a noi non pare esatto. Così si confonde il perfezionamento giuridico con il perfezionamento reale della vendita. Essa è giuridicamente perfetta, al momento in cui il contratto è stipulato. L'oggetto è determinato, il compratore ha inteso di acquistare quella massa e non quella data quantità di grano, e se dovrà eseguirsene la misura, questa non ha importanza alcuna per l'oggetto della vendita, che è decisivamente stabilito, ma esclusivamente per conoscere l'ammontare del prezzo, il quale è però determinato egualmente prima della misura. Il prezzo, dice benissimo il Laurent, non è conosciuto esattamente, ma è certo nei suoi elementi, non resta che a fare un calcolo, di cui le basi sono di già fermate. Ed è ciò una conseguenza della natura della vendita in massa, e del modo di stabilire il prezzo, che le parti hanno prescelto. La misura della seconda ipotesi preveduta dall'art. 1451, secondo capoverso, non è indispensabile al perfezionamento giuridico del contratto, ma alla sua concreta attuazione, perchè non concorre a completarne gli elementi, che sono certi, e rimangono immutati. Il Voet (*de peric. comod.*, l. 18, n. 4) sostenne il medesimo criterio, e si esprimeva così.... *sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa haereret, sed tantum modum demon-*

strationemque quamdam quantitatis vini pure pleneque distracti. Il Treilhard ed il Cambacères in Consiglio di Stato propugnarono questa opinione (Locré, *Proc. verb.*, t. VII). È senza dubbio applicabile l'art. 1448. Non potrà ancora eseguirsi il pagamento, nè la tradizione della cosa, ma la vendita è ciononpertanto perfetta. Sia quindi che si voglia seguire la opinione comune, che il passaggio della cosa a rischio e pericolo del compratore è conseguenza unicamente pel trasferimento di proprietà della cosa in lui, sia che si preferisca quella del Laurent, che cioè esso non possa effettuarsi, se la cosa non sia determinata, nell'ipotesi, che noi esaminiamo, si opera sempre prima che venga eseguito il peso, la numerazione, o la misura.

64.° Una seria difficoltà si oppone al criterio consacrato nel nostro codice, ed è la seguente: Se la merce deperisce o è distrutta, prima che sia pesata, misurata o numerata, non è più possibile stabilire il prezzo, che il compratore dovrà pagare, esso dunque non è determinato come elemento giuridico costitutivo della vendita, se non dopochè è eseguita tale operazione (Troplong, Colmet de Santerre, l. c.). Ma osserviamo, che il perimento della cosa non rende impossibile il calcolo del prezzo, essendo le parti facultate a stabilire la quantità della merce con ogni mezzo di prova disposto dal codice. D'altronde dovrà esser cura del compratore divenuto proprietario di non ritardare la esecuzione della misura indispensabile, perchè egli possa adempiere al suo obbligo di pagamento. E prescindendo da ciò, il deperimento o il perimento totale della merce è un avvenimento fortuito, e non necessario, non può quindi rendere indeterminato il prezzo, quando esso è di già certo nei suoi elementi giuridici, fin dal momento in cui la vendita è contratta.

65.° Accade, che stipulandosi la vendita in blocco di una merce col patto del pagamento del prezzo ad un tanto per ogni peso, numero o misura, il venditore poi ne indichi approssimativamente il peso, o la quantità. La Corte di appello di Napoli (28 marzo 1870) decise, che si ha in tal caso una vendita a peso, numero o misura. La Corte di appello di Torino (3 agosto 1868) decise al contrario trattarsi di una vendita in massa. A me pare sia da accettarsi questo secondo criterio. Certamente il magistrato ha piena facoltà, interpretando il contratto, d'indagare, quale sia stata la intenzione delle parti nell'indicare il peso o la quantità. Ma se essa non è espressamente dichiarata, cominciando la vendita dall'indicazione della massa, susseguita da un calcolo approssimativo del suo peso, o della sua quantità, è evidente che i contraenti alludono non ad un peso o ad una quantità precisa, ma al complesso, al totale, alla massa, ed il venditore ne ha indicato approssimativamente il peso o la quantità, perchè il compratore possa conoscere nel suo *speciale interesse* prima della misura l'ammontare probabile del prezzo.

66.° *Patto di precedente assaggio.* — I suoi effetti in rapporto alla vendita sono regolati nel codice francese dagli articoli 1587-1588. Gli articoli 1458-1453 del codice italiano riproducono le medesime disposizioni.

67.° *Vendita d'immobili a corpo o a misura.* — Il codice francese ne tratta negli articoli 1617 a 1623; il codice italiano negli articoli 1473 a 1479. Le norme sono identiche.

68.° *Patto di ricompra.* — È regolato nel codice francese dagli articoli 1659 a 1673. Il nostro riproduce gli identici criterii negli articoli 1515 a 1528. È a notare però una modificazione apportata relativamente agli effetti della risoluzione della vendita per il riscatto compiuto, in rapporto alle locazioni di già costituite anteriormente alla risoluzione. L'art. 1673, secondo capoverso del codice di Napoleone, dispone, che quando il compratore rientra nel possesso del fondo in virtù del patto di ricompra, è tenuto a mantenere gli affitti fatti senza frode dal compratore. L'art. 1528 del codice italiano riproduce la identica disposizione, ed aggiunge: Purchè siano fatte per un tempo non maggiore di un triennio. È questa una giusta limitazione. Se il venditore, che rientra nel possesso del fondo, fosse tenuto a rispettare la locazione in ogni caso, per tutto il tempo stabilito nel contratto, il suo diritto di proprietà soffrirebbe una troppo grave restrizione. L'esserglisi imposto di riconoscere le locazioni convenute per un triennio è di già un vantaggio concesso al conduttore, che costituisce una deroga ai principii di diritto comune, poichè la vendita col patto di ricompra è vendita sotto condizione risolutiva, la quale, effettuita che sia, fa che le cose ritornino allo stato primitivo, come se il contratto non fosse giammai esistito. Il legislatore ha cercato di conciliare, per quanto fosse possibile, il riguardo che merita la buona fede del conduttore, col principio di diritto comune qui suindicato.

69.° Accenniamo ad una quistione alla quale dà luogo la disposizione di cui ci occupiamo. Perchè sia annullabile per frode la locazione si richiede che essa venga consumata di accordo dal compratore e dal conduttore, ovvero basta che sia esclusivamente imputabile nl compratore? Il Mazzoni (*Vendita*, vol. XI, n. 129) sostiene la prima opinione. Il Ricci (vol. VII, pag. 230) la seconda. Noi accettiamo quest'ultima, per le seguenti ragioni:

a) La legge parla di *locazioni fatte senza frode dal compratore*, e non aggiunge altro. E si noti che altrove, quando ha inteso parlare di atti fatti in frode di accordo dal debitore e dal terzo, lo ha espressamente indicato; così nell'art. 1235;

b) La doppia limitazione contenuta nel secondo capoverso dell'art. 1528 è rivolta a garantire gl'interessi del venditore, che rientra nel possesso del fondo. E tale garenzia verrebbe a mancargli completamente, se la buona fede del conduttore valesse a rendere legittima ed efficace una locazione fraudolenta, ed a lui dannosa;

c) Il Mazzoni per analogia ricorre all'art. 1225; ma l'analogia non esiste tra le due disposizioni. La prima regola i rapporti tra creditore e debitore proprietario, i cui beni sono certamente alienabili. È naturale quindi, che gl'interessi del venditore, e la garentia che egli ha dalla legge (art. 1949) sui beni del debitore non ancora esplicatasi non valgano a distruggere i legittimi effetti del *jus acquirendi* a vantaggio del terzo compratore di buona fede. La seconda al contrario regola i rapporti tra il creditore proprietario di un immobile determinato ed il debitore tenuto a restituirlo nella sua integrità. Ed è giusto che il *diritto* del proprietario venga riguardato a preferenza dell'*interesse* del terzo conduttore in buona fede, il quale non ha contrattato, se non col possessore del fondo.

70.° I nostri civilisti sono concordi nel ritenere, che debbano essere rispettate le locazioni fatte per un triennio, ma che, se eccedono un tal limite di tempo, nè il proprietario nè il conduttore possano pretenderne la esecuzione, restringendone l'efficacia al triennio.

71.° La Corte di cassazione di Torino (12 luglio 1884) giustamente ha deciso, che l'obbligo dell'art. 1528 non si estende all'osservanza di quei patti speciali, che non attengono essenzialmente al godimento della cosa, come sarebbe la cauzione data dal conduttore al locatore a garenzia del fitto, per la cui restituzione può avere un'azione personale soltanto contro il primo locatore.

VI.

Degli effetti della vendita.

72.° Gli effetti della vendita sono tre:

a) Traslazione della proprietà.

b) Pericolo e comodo della cosa venduta.

c) Obblighi scambievoli del venditore e del compratore.

Dei due primi ci siamo occupati altrove nei limiti impostici dall'indole e dallo scopo di questo studio; diremo ora del terzo.

Il codice francese tratta degli obblighi del venditore nel capo IV, dall'art. 1602 all'art. 1649, e degli obblighi del compratore nel capo V, dall'art. 1650 all'art. 1657.

Il nostro codice dispone sui primi nel capo IV dall'art. 1462 all'art. 1506; sui secondi nel capoverso V dall'art. 1507 all'art. 1513. I principî generali direttivi sono gli stessi nelle due legislazioni; nel regolare però alcuni rapporti giuridici speciali importantissimi essi stabiliscono criterî diversi.

73.° *Degli obblighi del venditore.* — L'art. 1602 del codice francese dispone: Ogni patto oscuro ed ambiguo s'interpetra

contro il venditore. Il codice delle due Sicilie (art. 1448) e l'Albertino (1609) riprodussero questa disposizione speciale al contratto di vendita; il Parmense la soppresse. Il codice vigente la sopprime egualmente, lasciando che si applichino, nell'interpetrare i patti del contratto di vendita, le medesime norme stabilite nella parte generale dei contratti (art. 1131 a 1139).

L'art. 1602 del codice di Napoleone fu determinato dall'influenza, che su questo punto esercitò sul diritto consuetudinario, e sull'antica dottrina francese il diritto romano. In esso era radicata la convinzione, che il venditore dettasse la legge al compratore, e stabilisse a suo arbitrio le basi del contratto. Cujacio diceva: *In venditionibus semper legem dicit venditor rei suae* (l. 36 ff. *de Pactis* l. V, *quist. papinianese*) e Papiniano: *Veteribus placet, pactionem obscuram et ambiguam venditori, et ei qui locavit nocere, in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere* (l. 39 *de pactis de rer. jurisd.* 21 *de cont. emp.* Pothier, *Pand.* t. I, n. 70). I giureconsulti romani erano rigidissimi nell'applicazione di questo criterio. Ed il Troplong cita parecchi testi del Digesto, dai quali risulta, che i patti oscuri nella vendita s'interpretano sempre a danno del venditore, senza che fosse dato di ricorrere alle altre norme generali d'interpetrazione (l. 3, ff. *de servit. praed. rustic.* l. 15, § 3 ff. *de servit. praed. urb.*).

Le consuetudini francesi mantennero in vigore i criterî del diritto romano, temperandone però la rigidezza, e restringendone l'applicazione. Il Domat (l. III-XI, § 14, p. 52) li dichiarava efficaci solo per le clausole, che determinano la cosa venduta, le sue qualità, i suoi difetti. Il Fabro (*Rationalia* sulla l. 39 ff. *de pactis*), ed il Cujacio (l. c.) ne sostenevano l'applicabilità, solo quando le altre norme generali d'interpetrazione non valessero a chiarire il concetto contenuto nel patto (vedi pure Delauriere sur Loisel l. 3, t. 4, n. 1. Loisau, Favard de Langlade, p. int. Despeisses, n. 24, l. 34 ff. *de contr. emp.*).

74.° Se si volesse stare letteralmente all'art. 1602, che parla di ogni patto oscuro, bisognerebbe ritenere, che esso abbia riprodotto i criterî del diritto romano in tutta la loro rigidezza, e generalità. E non pochi scrittori sono di questo avviso (Aubry e Rau, t. IV, p. 360 e autori da lui citati). Però la maggior parte dei civilisti francesi, attenendosi al diritto consuetudinario ed ai chiarimenti dati da Grenier nel suo discorso al Tribunato (Locré VII) sul concetto dell'articolo succitato, ne sostengono l'applicabilità in mancanza dei mezzi comuni d'interpretazione, ed in rapporto alle clausole, che dispongono della cosa, del prezzo, degli obblighi della tradizione e della garentia (Troplong, *Vent.* art. 1602, Duranton t. XVI, n. 187, Marcadé IV, 383, Fenet t. XIV, 194, Mourlon III, 235 ed altri). Il Laurent ne restringe ancora di più l'efficacia ai soli patti, che riguardano la cosa venduta, le sue qualità, i suoi difetti, escludendo quelli relativi al prezzo, agli obblighi della tradizione, e della garentia.

per i quali varrebbero le norme comuni d'interpretazione. Ma l'illustre civilista, a noi pare falsi il concetto della legge, che è quello determinato dagli scrittori suindicati, come risulta dal discorso del Grenier, che il Laurent cita mutilando. Il Grenier dice: S'intende, che conoscendo il venditore tutto ciò che vende ed i suoi accessori, avendo determinato il prezzo che gli è accordato dal compratore, essendochè la tradizione e la garentia sono le condizioni primitive della vendita, essendovi qualche dubbio sopra di ***questi oggetti,*** si debba esso risolvere contro di lui. La parola ***oggetti*** evidentemente si riferisce non alla sola cosa, ed ai suoi accessorî, ma anche al prezzo, alla consegna ed alla garantia.

Il solo Duvergier tra gli scrittori francesi critica l'art. 1602, giudicando ingiusta ed arbitraria la disposizione che contiene (vol. I, p. 104).

75.° A sostegno della medesima si deducono le seguenti ragioni:

a) Il venditore pone le basi del contratto ed impone la legge all'alienazione delle sue cose.

b) Egli non solo figura come obbligato, ma anche come creditore. È quindi applicabile il principio: ***Quum quaeritun in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*** (Troplong. *Vend.* n. 256).

c) Il venditore conosce esattamente lo stato della cosa, il compratore non ne ha che nozioni incomplete ed inesatte.

Si presume quindi, che il primo, usando espressioni ambigue, voglia trarre in inganno il secondo.

76.° *a*) Cade il primo argomento, dove si consideri, che la vendita, come ogni altro contratto, è determinata dalla libera volontà di amendue i contraenti. Essi si trovano in eguali condizioni, e le basi del contratto sono stabilite di accordo, e non dal solo venditore. È infondata la presunzione, che questi detti la legge al compratore. Ciò costituirebbe una violenza morale dichiarata dal codice causa di nullità del contratto, e se il consenso del compratore è perfettamente valido, si presume, che nello stabilire i diversi patti della vendita egli abbia fatto valere i suoi diritti, così come il venditore.

b) Il secondo argomento contiene una contraddizione di principii, e si potrebbe ritorcere contro il disposto dell'art. 1602. Appunto perchè il venditore assume la duplice figura di creditore e di obbligato, la massima ***ambiguitas contra stipulatorem est*** è applicabile contro di lui per i patti, che lo riguardano come creditore, ma in suo vantaggio e contro il compratore per quelli che contengono un obbligo a suo carico.

c) Il terzo argomento merita una seria confutazione. È indubitato, che il venditore ha della cosa venduta una conoscenza più esatta e più completa, che non l'abbia il compratore. Ma non è consentito per ciò affermare ***a priori*** che una espressione dubbia da lui usata legittimi il sospetto, che essa

covra un'insidia a danno del compratore. Si presume innanzi tutto non la mala fede, ma la buona fede dei contraenti. È poi richiesto dalle nostre leggi l'atto scritto a pena di nullità nella vendita d'immobili. La formulazione dei patti i contraenti la stabiliscono insieme, diguisachè se alcuno di loro la trova oscura od equivoca, ha il diritto d'insistere perchè venga modificata e chiarita. Oltredichè il compratore trova nella legge e nella propria diligenza il mezzo di conoscere lo stato della cosa, così come il venditore. Non è da presumersi, che l'acquirente di uno stabile si presenti alla stipula del contratto, senza averne prima conosciuta la natura, le qualità e le condizioni materiali. Ed il sistema della trascrizione degli atti notati nell'art. 1832 e della pubblicità delle ipoteche, insieme all'obbligo che il venditore ha di fornire al compratore i documenti della proprietà venduta, offre a costui il mezzo legale di conoscerne le condizioni giuridiche. Notiamo in ultimo, che questo argomento sarebbe efficace per i patti relativi alla cosa, e non per gli altri risguardanti il prezzo, la tradizione e la garenzia, ai quali ciò non pertanto si estende l'applicabilità dell'art. 1602 del codice francese. Non vi ha dunque alcuna ragione, che possa giustificare la norma contenuta in questo articolo derogativa al sistema generale d'interpretazione di ogni contratto.

77.° Per il nostro codice ogni clausola oscura del contratto di vendita va innanzitutto interpretata coi criterii stabiliti negli articoli 1131, 1132, 1133, 1134, 1136. Quando essi siano esauriti, e la clausola non cessi di essere dubbia, bisogna applicare l'art. 1137, per cui va interpretata contro colui che ha stipulato, ed in vantaggio di chi ha contratto l'obbligazione. Non vi sarebbe ragione perchè questa norma non debba essere applicata per i patti, nei quali è il compratore che figura da stipulante. Vale in ogni caso il principio generale di diritto, che chi pretende l'adempimento di un'obbligazione debba fornirne la prova, e se questa è oscura o vacillante, la domanda vada rigettata, ed è principio di equità, che ogni dubbio si risolva in vantaggio del debitore.

Il criterio generale dunque adottato dal nostro codice è recisamente opposto a quello sancito dall'art. 1602 del codice francese. In forza del secondo i patti oscuri relativi alla cosa, al suo stato, alle sue qualità, relativi alla consegna, alla garentia, esaurito ogni mezzo comune d'interpretazione si debbono interpretare contro il venditore. In forza del primo, poichè in questi patti il venditore figura da obbligato, essi s'interpretano in suo vantaggio contro il compratore. Quasi tutte le legislazioni degli altri Stati di Europa hanno respinto la disposizione speciale del codice francese.

78.° Non ci fermiamo a parlare dell'obbligo del venditore alla consegna della cosa, poichè il nostro codice ha riprodotto senza alcuna modificazione le disposizioni del codice francese.

In quanto all'obbligo, che egli ha di garentire al compratore

il pacifico possesso della cosa venduta, non abbiamo a notare, se non una disposizione contenuta nell'art. 1496 del nostro codice, che manca nel codice francese. L'art. 1496 stabilisce, che quando il compratore ha evitato l'evizione del fondo mediante il pagamento di una somma di danaro, il venditore può liberarsi da tutte le conseguenze della garentia, rimborsandolo della somma pagata, degli interessi e di tutte le spese. Manca, come diceva, questa disposizione nel codice francese, nè gli scrittori trattano dell'ipotesi dalla medesima regolata.

Per quanto si voglia dare alla evizione un largo significato, essa di certo non si effettua, quando il compratore impedisce mercè transazione una possibile azione reale sull'immobile. Egli ha però sofferto una molestia nel possesso, ha quindi il diritto di rivolgersi contro il venditore con l'azione in garentia. Ma che cosa potrebbe domandare? La risoluzione del contratto? Ed in questo caso insorgerebbe contro la legge e contro il proprio operato, perchè non ha sofferto l'evizione, ed evitandola col pagamento, ha manifestato la volontà di ritenere la cosa. Il rimborso della somma pagata degli interessi e delle spese? E non è giusto, si dia al venditore la facoltà di evitare un inutile giudizio, quando si dichiari pronto al rimborso. E si noti, che tale facoltà costituisce in pari tempo il riconoscimento e l'assicurazione perfetta degl'interessi del compratore, poichè contiene una rinunzia da parte del venditore al diritto concessogli dall'art. 1497. L'azione in garentia potrebbe totalmente cadere, quando il venditore, respingendo la transazione come *inter alios acta,* provasse, usando del diritto che gli riconosce l'art. 1497, che il pagamento eseguito dal compratore era assolutamente inutile, per esservi motivi sufficienti, onde far rigettare ogni possibile domanda di revindica.

Troviamo quindi logica e giusta questa nuova disposizione del nostro codice.

79.° Il Mazzoni (vol. I, n. 239) reputa che, se il compratore ha evitato l'evizione, non mercè pagamento di una somma di danaro, ma con altro mezzo, sia assumendo obblighi, sia dando prestazioni diverse dal danaro, l'art. 1496 cessi di essere applicabile. Il Borsari (vol. IV, parte I, art. 1496) consura questa interpretazione grammaticale ristrettiva della legge, e con ragione. Il legislatore parla specialmente di pagamento di somma di danaro, perchè non potendo di certo indicare tutti i mezzi possibili per evitare la evizione, ha espresso il più comune. Ma purchè la evizione venga evitata qualunque sia il mezzo prescelto, bisogna sempre riconoscere nel venditore la facoltà concessagli dall'articolo succitato. Il Mazzoni osserva, che le convenzioni intervenute tra il compratore ed il terzo han creato tra loro dei rapporti giuridici, che non possono nè nuocere, nè giovare al venditore. Ma è questa una ragione, che contraddice allo spirito dell'art. 1496. Ma anche il pagamento di una somma di danaro non viene di certo eseguito, se non in base

di una convenzione tra compratore e terzo, la quale costituisce egualmente una *res inter alios* per il venditore. Ed il principio di diritto comune consacrato nell'art. 1130 non soffre alcuna deroga dall'art. 1496. La convenzione tra il compratore ed il terzo non può nuocere al venditore, che sempre ha il diritto di respingerla in base dell'art. 1497, nè gli giova, perchè rimborsando il compratore della somma pagata, degli interessi e delle spese, egli non fa, se non che eseguire volontariamente la condanna, cui sarebbe tenuto in base dell'azione in garentia. L'art. 1496 cessa di essere applicabile, solo quando l'indole della transazione sia tale, che renda il rimborso ineffettuabile, o il venditore non possa far sua per mancanza di consenso nel terzo (art. 1271) l'obbligazione assunta dal compratore.

80.° In rapporto all'obbligo, che ha il venditore di garentire il compratore dai vizii e dai difetti occulti della cosa venduta, il nostro codice ha sancito criterii diversi da quelli disposti dal codice francese intorno alla prescrizione dell'azione redibitoria, ed al termine dal quale essa comincia a decorrere.

L'art. 1648 del codice di Napoleone stabilisce: L'azione redibitoria, che risulta dai vizii della cosa, deve proporsi dal compratore tra un breve termine secondo la qualità dei vizii, e la consuetudine del luogo, dove è stata fatta la vendita. L'art. 1505 del codice italiano modifica nei seguenti termini la disposizione suddetta: L'azione redibitoria, che proviene dai vizii della cosa, deve proporsi dal compratore, se si tratta d'immobili, entro un anno dalla consegna. Se si tratta di animali, deve proporsi tra i quaranta giorni, e se di altri effetti mobili fra tre mesi dalla consegna, salvo che da usi particolari siano stabiliti maggiori o minori termini.

81.° L'art. 1648 del codice francese contiene due gravi difetti:

a) Sollevando le consuetudini diverse ed incostanti a forza di legge, non assegna un termine preciso ed immutabile, entro il quale la redibitoria debba a pena di decadenza esercitarsi;

b) Non stabilisce da quale momento debba tal termine decorrere.

a) Il Grenier nel suo discorso al Tribunato (Locré, VII, n. 210) dichiara, che il legislatore deve rispettare gli usi inveterati invariabili di un paese, che son divenuti quasi una legge vivente. Gli scrittori francesi approvano la disposizione suindicata in base del medesimo principio. Io non la trovo accettabile, che in certi limiti. Una delle grandi conquiste della civiltà moderna è l'unificazione del diritto positivo, la formazione dei codici, l'unità della legge sostituita alla molteplicità, ed alla incostanza delle consuetudini nel medesimo Stato. Comprendo che si possa e si debba conservare i criterii giuridici, se giusti e sani, raccogliendoli però, perfezionandoli, trasformandoli in una norma di legge comprensiva e generale. Ma giudico dannoso agli interessi sociali, e contrario allo spirito del diritto

moderno lasciare, che un identico rapporto giuridico venga regolato da consuetudini locali con criterii diversi, forse opposti e mutevoli.

L'assegnazione precisa dei termini, entro i quali deve esercitarsi un'azione, costituisce parte essenziale di un codice. Essa è richiesta da ragioni d'ordine pubblico, ed ha un doppio scopo. Stabilisce la durata dell'efficacia di ogni diritto, assicura la integrità e la stabilità dei rapporti giuridici. Non è possibile ottenere questo duplice scopo in rapporto all'azione redibitoria, come viene regolata dall'art. 1648 del codice francese. Infatti le consuetudini sono destinate a trasformarsi lentamente. Come si farà a stabilire, quando l'una ha cessato di aver vigore di legge, e l'altra deve sostituirla? Nel caso che i contraenti siano di paesi diversi, dove le consuetudini locali stabiliscono termini diversi per l'esercizio della redibitoria, quale di esse avrà forza di legge? E se mancano del tutto, come saprà il compratore in qual tempo ha l'obbligo di proporla? L'art. 1648 inoltre lascia in questa ultima ipotesi al giudice una facoltà, che non deve avere, se non il solo legislatore. È giusto ed opportuno, che al magistrato sia riconosciuta una certa libertà di apprezzamento e di decisione sull'applicazione di una disposizione di legge, ma ingiusto, arbitrario e pericoloso, che egli sostituendosi al legislatore, disponga a suo talento sui termini, entro i quali va proposta un'azione. La conferma la più sicura dei gravissimi inconvenienti prodotti dal vuoto, che lascia l'articolo 1648, è costituita dalla necessità, che ha inteso il legislatore francese di ricolmarlo in parte, disponendo con una legge del 28 marzo 1838 un termine uniforme per l'esercizio della redibitoria in caso di vendita di animali domestici.

82.° *b*) In quanto al momento da cui deve cominciare a decorrere il termine per l'esercizio dell'azione, tutti gli scrittori francesi sono concordi attenendosi al disposto dell'articolo suindicato nel riconoscere, che bisogna rispettare quello assegnato dagli usi locali. Ma non sono del medesimo avviso sul criterio, che debba seguire il magistrato, se le consuetudini tacciano. Pothier (*Vendita,* n. 252) e Troplong (*Vendita,* n. 585) sostengono, che i termini decorrono dal momento in cui si è eseguita la tradizione della cosa. Duvergier (vol. I, n. 405) e Mourlon (n. 263, vol. III) dal momento in cui la vendita si è perfezionata col consenso delle parti. Zachariae, seguito da Aubry e Rau (vol. II e XXII, pag. 101), fa una distinzione, e reputa, che il termine decorre di regola dal momento in cui la vendita è stipulata, per eccezione dalla tradizione, quando questa venga differita di accordo nella convenzione, o il venditore sia messo in mora per la consegna. Laurent discostandosi da ambedue questi criterii, e riproducendo l'opinione di Papiniano (l. 55, ff. *de aedil. edict.*), giudica, che esso comincia a decorrere dal momento in cui il venditore viene a conoscenza del vizio della cosa.

Il nostro codice ha accolto il primo, che è quello accennato da Ulpiano (l. 19, ff. *de edicto: Tempus redhibitionis ex die venditionis currit*).

A me pare, che esso sia preferibile al secondo, ed al terzo, per le seguenti ragioni:

La legge rende garante il venditore verso il compratore dei vizii di già inerenti alla cosa, ma occulti al momento in cui vendita si è perfezionata, e non di quelli che nascono, e si appalesano, dopochè essa si è effettuata. È questa la ragione principale, per cui viene assegnato un termine brevissimo all'esercizio della redibitoria. Dopo esser corso uno spazio di tempo considerevole, è difficile stabilire con sicurezza, se il vizio per cui si agisce sia nato prima o dopo il perfezionamento della vendita. In pura teoria quindi dovrebbe esser questo il momento, dal quale il termine comincia a decorrere.

Ma bisogna osservare, che il vizio occulto, che rende la cosa non atta all'uso cui è destinata, non può certamente manifestarsi, se la cosa non è usata, ed il compratore non può conoscerlo, e quindi proporre la redibitoria, se non è messo nella condizione di usarla, se cioè non ne ha ottenuta la consegna. E nel caso che questa non segua immediatamente la vendita, perchè differita di accordo nel contratto, o ritardata per colpa del compratore moroso, il vizio potrà essere inerente alla cosa venduta al momento della vendita, ma non si manifesta nel tempo che corre tra la stipulazione del contratto e la consegna, perchè la cosa non è usata. L'art. 1505 del codice italiano dunque stabilendo, che il termine per proporre la redibitoria comincia a decorrere dalla tradizione della cosa, si è attenuto alla ragione giuridica su cui è fondata la redibitoria, e al principio comune ad ogni prescrizione. *Contra non valentem agere non currit praescriptio.*

Il Duvergier sostiene l'opinione contraria con i tre seguenti argomenti:

a) I vizii debbono esistere al momento in cui la vendita è perfetta;

b) La cosa è a rischio e pericolo del compratore, da questo momento, benchè non eseguita la consegna;

c) Il termine è stabilito per lasciare al vizio il tempo, onde manifestarsi; dimodochè se accade, che tra la vendita e la consegna corra un intervallo maggiore del tempo concesso per proporre la redibitoria o ad esso eguale, ed il vizio si manifesti, dopochè la consegna è effettuata, non si ha più il diritto di spingere l'azione, perchè sarebbe essa prescritta, anche quando la tradizione avesse immediatamente seguito la vendita. Non neghiamo la esattezza dei due principii giuridici contenuti nei due primi argomenti, ma essi hanno una importanza in questo senso che, pur decorrendo il termine dalla tradizione, il venditore è tenuto di garantia per i vizii esistenti al momento della vendita, e non della consegna. Il terzo argomento perde

ogni efficacia di fronte alla ragione da noi più innanzi esposta, per cui l'inizio della prescrizione della redibitoria non può essere, se non il momento della consegna.

L'opinione del Laurent non è accettabile. Egli sostiene, che il termine comincia a decorrere dal momento in cui il compratore viene a conoscenza del vizio. Questo innanzi tutto non si può considerare come un termine. Come fare infatti a stabilire il momento preciso in cui il vizio si è manifestato, ed è conosciuto dal compratore? Sarà in suo pieno arbitrio di stabilirlo in modo, che la sua azione non venga dichiarata prescritta. La legge esige, che la redibitoria si proponga in un breve termine, ed a voler seguire l'opinione del Laurent si sarebbe autorizzati a proporla anche dopo 26 anni, dacchè ebbe luogo la vendita, come decise la Corte di cassazione di Parigi (3 giugno 1867). Ma osserva l'illustre civilista che la legge esige brevità di termini, perchè manifestato il vizio e conosciuto dal compratore, non vi sarebbe ragione di accordare a costui una dilazione per agire. Ma a noi non pare sia questo il motivo della legge. La brevità dei termini è consigliata dalle difficoltà e dalle dubbiezze, che dopo uno spazio di tempo considerevole s'incontrerebbero nello stabilire, se il vizio della cosa esistesse benchè occulto al momento della vendita, ovvero sia nato in seguito, dalla presunzione, che non manifestandosi in un certo tempo dacchè la cosa è usata, sia nato dopo e non prima della vendita, dalla necessità in ultimo di favorire la stabilità, anzichè la risoluzione dei rapporti giuridici. Se si accettasse il criterio del Laurent, nessuno di questi scopi sarebbe raggiunto, e la rigorosa brevità dei termini sarebbe completamente ingiustificata ed inconcludente.

83.° Secondo il diritto romano l'azione redibitoria durava sei mesi, l'azione *quanti minoris* un anno (l. 19 e 55, ff. *de aedil. edict.* Dig.). L'editto degli edili si riferiva direttamente alla vendita degli schiavi e degli animali, nondimeno le principali disposizioni in esso contenute si applicavano anche alla vendita di altre cose tanto mobili, che immobili (l. 1, pr. l. 63 cod., cf. l. 33, pr. l. 49 cod., l. 4 cod. h. t).

L'art. 1505 stabilisce, che la redibitoria per gli immobili debba proporsi tra un anno, per gli animali tra quaranta giorni, per tutti gli altri mobili fra tre mesi dalla consegna. La diversità dei termini è regolata dalla diversa importanza dell'oggetto della vendita, e dalla maggiore o minore attitudine del vizio occulto a manifestarsi in maggiore o minor tempo, secondo la natura diversa della cosa cui inerisce. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare, che i termini stabiliti dall'art. 1505 sono applicabili anche all'azione *quanti minoris.*

84.° Il legislatore però non nega ogni efficacia giuridica alle consuetudini, le riconosce, ma in limiti ristrettissimi. Per la vendita d'immobili esse non hanno alcun vigore.

Per quella degli animali, non si è d'accordo. La Corte d'ap-

pello di Milano (6 agosto 1875) decise, che le parole del secondo capoverso dell'art. 1505, ***salvochè da usi particolari siano stabiliti maggiori o minori termini,*** si riferiscono ai mobili, e non agli animali. La Corte di cassazione di Firenze (25 maggio 1867) decise in senso contrario. Il Mazzoni (vol. II, n. 270), ed il Ricci (vol. VII, n. 191) accettano questa seconda interpretazione. A me pare più fondata la prima. Certo la dicitura del capoverso dell'articolo citato si presta così all'una come all'altra, ma la prima va preferita per le due seguenti ragioni:

a) Vi ha una disposizione speciale contenuta nel terzo capoverso, che indica l'efficacia degli usi locali nella vendita degli animali, e la restringe alle qualità dei vizii;

b) Nel dubbio bisogna preferire il termine costante ed uniforme fissato dalla legge a quello incerto e variabile stabilito dalle consuetudini, essendo questo il concetto che informa l'art. 1505.

85.° Dimodochè per il nostro codice l'efficacia giuridica delle consuetudini è ristretta ai soli mobili, ed unicamente in rapporto al termine utile a proporre la redibitoria, perchè anche per i mobili il momento da cui esso decorre è quello stabilito dalla legge, la consegna, anche quando gli usi locali dispongano diversamente. Il Mazzoni (vol. II, n. 270) è dell'avviso contrario per la ragione che il principio non è se non uno dei due estremi della durata dei termini, ed il secondo capoverso dell'art. 1505 dichiara, che quelli in esso stabiliti non sono applicabili, quando usi particolari dispongano diversamente. Però ciò potrebbe dirsi, quando il nostro codice non avesse stabilito il momento da cui decorrono i termini; in tal caso esso certamente verrebbe determinato dalle consuetudini. Ma l'art. 1505 dispone categoricamente, che la redibitoria debba proporsi fra quaranta giorni, se si tratta di animali, fra tre mesi se di altri mobili dal dì della consegna, e poi aggiunge: salvochè da usi particolari siano stabiliti maggiori o minori termini. È evidente quindi, che gli usi locali avranno vigore, se stabiliscono una durata della prescrizione maggiore o minore di quella determinata dalla legge, ma il momento, da cui essa decorre, è sempre quello della consegna. Il legislatore ha stabilito questo termine uniforme e costante per troncare le quistioni ed i dubbii, che nascevano dalla incertezza dell'art. 1568 del codice francese. Se si volesse seguire l'avviso del Mazzoni, essi non sarebbero esclusi, se non per la sola vendita degli immobili, che è la meno frequente, e dà origine ben di rado all'azione redibitoria.

Notiamo in ultimo, che in forza dell'art. 1505 non si va incontro al grave inconveniente, che possa il giudice stabilire a suo arbitrio i termini utili a proporre la redibitoria. Se essa infatti viene esercitata per vendita di mobili, e gli usi locali non dispongono sui termini, il magistrato applicherà quelli stabiliti dalla legge.

86.° Passiamo a trattare delle obbligazioni del compratore. Intorno al giorno ed al luogo in cui deve eseguirsi il pagamento del prezzo, gli articoli 1507 e 1508 del codice italiano riproducono le identiche norme sancite dagli articoli 1650 e 1651 del codice francese. Però l'art. 1509, che dispone degli interessi dovuti sul prezzo dal compratore fino al giorno del pagamento, apporta una modifica all'art. 1652 del codice di Napoleone, che si riattacca ai principii stabiliti nella parte generale dei contratti.

L'art. 1652 dispone: Il compratore fino al giorno in cui sborsa il prezzo deve pagarne l'interesse nei tre casi seguenti:

a) Se ciò fu convenuto nel contratto;

b) Se la cosa venduta e comprata produce frutti o altri proventi;

c) Se il compratore è stato interpellato a pagare. In quest'ultimo caso gl'interessi non decorrono, se non dal giorno dell'intima.

Nell'art. 1509 del nostro codice è detto: In mancanza di convenzione speciale il compratore è tenuto agli interessi sino al giorno del pagamento del prezzo, ancorchè non sia in mora, se la cosa venduta o comprata produca frutti o altri proventi. Gl'interessi dunque sono dovuti:

a) Se vi ha un patto speciale, che li stabilisca;

b) Se la cosa produca frutti, o altri proventi;

c) Se il compratore è interpellato a pagare;

d) Se nel contratto è stabilito un termine per il pagamento.

Quest'ultima ipotesi, esclusa dal codice francese e ammessa dal nostro, è conseguenza di diversità di criteri fermati nella parte generale dei contratti. L'art. 1509 del codice italiano riproduce, applicandole alla compravendita, le norme dettate negli articoli 1223 e 1231. Nel secondo infatti è stabilito, che nelle obbligazioni, che hanno per oggetto una somma di danaro, gl'interessi sono dovuti dalla mora, ed il primo dichiara, che il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine stabilito nella convenzione, e se non è assegnato termine alcuno, mediante intima o altro atto equivalente. L'art. 1652 del codice francese si riattacca agli articoli 1139 e 1153. Il primo dispone, che il debitore è costituito in mora tanto colla intimazione, quanto in virtù di convenzione, allorchè essa stabilisca che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun atto. Il secondo stabilisce, che gl'interessi dovuti per il ritardo del pagamento di una somma di danaro non decorrono che dal giorno della domanda. Dunque il codice francese a differenza del nostro non considera la scadenza del termine come messa in mora, se ciò non sia espressamente stabilito dalle parti, nè pone come criterio generale in materia di contratti la mora, come termine di decorrenza degli interessi, bensì la domanda giudiziale. Però nella

vendita deroga al sistema, ed applica in parte l'art. 1139 in vantaggio del venditore, disponendo, che gli interessi sono dovuti dal giorno dell'intima. Ma se siasi convenuto, che il venditore è in mora per la sola scadenza del termine stabilito per il pagamento, egli ciononpertanto non è tenuto agli interessi dal dì della scadenza, bensì da quello dell'intima. Il legislatore francese non ha creduto di dovere estendere anche a questa prima ipotesi preveduta dall'art. 1139 la deroga al principio generale stabilito nell'art. 1153.

Se il compratore manca al pagamento del prezzo il venditore ha diritto alla risoluzione del contratto. Il nostro codice ne tratta negli articoli 1511, 1512 e 1513, il codice francese negli articoli 1654, 1655, 1656 e 1657.

Mi occuperò per ragion di sistema delle importanti innovazioni apportate dal nostro legislatore in questa materia nel capitolo seguente, in cui dirò delle diverse cause di risoluzione della vendita.

VII.

Della risoluzione della vendita mobiliare e della immobiliare.

87.° Notiamo innanzi tutto, che pel contratto di vendita è applicabile in amendue i codici il principio contenuto nell'art. 1165 della parte generale dei contratti. Viene ciò dichiarato espressamente dall'art. 1514 del codice italiano, e dall'art. 1658 del codice francese. Quindi se il venditore manca alla consegna della cosa venduta, il compratore ha il diritto di costringerlo all'adempimento del contratto, o di domandare giudizialmente la risoluzione del medesimo, Il magistrato può accordare così nell'uno come nell'altro caso una dilazione al debitore. Le medesime norme sono applicabili nell'ipotesi, che il compratore venga meno all'obbligo del pagamento del prezzo.

L'art. 1655 del codice francese dispone: Lo scioglimento della vendita d'immobili deve pronunziarsi all'istante, se il venditore si trova in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo. Se non vi è tal pericolo, il giudice può accordare al compratore una dilazione più o meno lunga secondo le circostanze. Trascorsa la dilazione senza che il compratore abbia pagato, si pronunzierà lo scioglimento della vendita. Il nostro codice non riproduce questa disposizione perchè superflua, essendo i criteri, che essa contiene, applicabili in base dell'art. 1165. Infatti, nel 2.° capoverso di questo articolo è disposto che avanzata la domanda di risoluzione, ***può*** essere concessa al convenuto una dilazione ***secondo le circostanze***. Il legislatore quindi lascia al magistrato la facoltà di esaminare le circostanze, che accompagnano il giudizio di risoluzione, per decidere se convenga ovvero no concedere una dilazione al compratore. E se il vendi-

tore dimostra, che nel caso venga accordata egli sarebbe nel pericolo di perdere cosa e prezzo, il magistrato certamente la negherà. Similmente risulta dall'art. 1165 che concessa la dilazione essa non è prorogabile; nel caso opposto il legislatore non avrebbe mancato di dichiararlo espressamente.

88.° L'art. 1650 del codice Napoleone dispone che quando nella vendita di un immobile siasi stipulato che, non pagandosi il prezzo nel termine convenuto, la vendita sia disciolta *ipso iure*, il compratore può pagare ciò non ostante dopochè è spirato il termine, finchè non sia stato costituito in mora con una intimazione.

Il nostro codice non riproduce questa disposizione, e poichè essa contiene una deroga al diritto comune, possiamo affermare, che l'abbia soppressa. E ci confermiamo in questa opinione considerando che, mentre nell'art. 1657 del codice francese, in cui è disposta la risoluzione *ipso jure* nella vendita di mobili per mancato pagamento scaduto il termine per la consegna, il legislatore dichiara che la risoluzione si effettua, senza che si richiegga intimazione alcuna al compratore a differenza di quanto è disposto nell'articolo precedente, il nostro codice nell'art. 1512 consacra la medesima norma, ma non sente il bisogno di fare la dichiarazione suddetta. Il codice delle due Sicilie (art. 1509) riprodusse la disposizione del codice francese. L'Albertino (art. 1661) negando il diritto di domandare la risoluzione del contratto per mancato pagamento, considerava come non apposto il patto commissorio. Il codice Parmense (art. 1472) consacrò il principio riprodotto dal codice vigente.

La conseguenza del patto commissorio è la risoluzione *ipso jure* della vendita in caso d'inadempimento agli obblighi del contratto. Se il compratore non paga il prezzo al termine stabilito, il venditore non ha l'obbligo di adire il magistrato, perchè venga dichiarata la risoluzione della vendita. Essa si opera di diritto per volontà espressamente stipulata dalle parti. Quali sono le ragioni che varrebbero a giustificare la necessità dell'intima? Il Laurent (n. 332, 334) le svolge largamente; noi le riassumiamo. Quando le parti aggiungono il patto commissorio alla vendita intendono che essa sia risoluta per difetto di pagamento del prezzo, senza che il venditore abbia l'obbligo di adire il magistrato per ottenerne la dichiarazione, ed il compratore possa avere una dilazione per eseguire il pagamento Però il venditore non rinunzia così al diritto di esigere l'esecuzione del contratto. Quindi ha l'obbligo di manifestare la sua volontà al compratore, se intenda cioè di servirsi del patto commissorio, ovvero di reclamare il pagamento del prezzo. Per diritto comune basterebbe una qualunque manifestazione di volontà, per la vendita si esige un'intima, onde prevenire la difficoltà e le contestazioni con una dichiarazione autentica che fissi con certezza la posizione delle parti.

Ci permettiamo di osservare che l'illustre civilista non rico-

nosce al patto commissorio tutta la sua forza giuridica. Questo esprime la volontà dei contraenti, che la vendita sia risoluta *ipso jure* in caso d'inadempimento, allo spirare del termine convenuto, diguisachè il pagamento eseguito dal compratore anche un giorno dopochè il termine è decorso, non abbia alcuna efficacia a mantenere in vita il contratto. Bisogna tenere un giusto conto di questa precisa e speciale manifestazione di volontà. Comprendo che il venditore non rinunzia col patto commissorio al diritto che gli viene dalla legge di agire, se voglia, per la esecuzione del contratto. Ma la volontà espressa è, che la vendita sia risoluta *ipso jure.* Quindi egli se vorrà agire per la esecuzione del contratto, in tal caso ha certamente l'obbligo di darne legale conoscenza al compratore, poichè si rivolge contro di lui con un'azione diversa da quella dichiarata, alla quale rinunzia. Se al contrario preferisce di usare del patto commissorio, non è tenuto a darne avviso al compratore, perchè questi già sa, per averlo egli medesimo stipulato, che allo spirare del termine il contratto è risoluto. È assurdo sostenere che un patto valido possa perdere la sua efficacia, solo perchè colui a cui vantaggio è disposto non abbia dichiarato immediatamente di volerne usare. L'art. 1656 del codice francese distrugge completamente la efficacia giuridica del patto commissorio, che consiste nel determinare immediatamente la risoluzione della vendita allo spirare del termine stabilito, senza che sia necessaria alcun'altra dichiarazione dopo quella fatta nel contratto.

Una prova evidente della incoerenza della disposizione del cod. franc. è la interpretazione che ne danno alcuni scrittori. Il Colmet de Santerre (t. III, p. 128) considera l'intima come un atto di messa in mora, per cui il venditore assegna un termine al compratore per il pagamento, spirato il quale la vendita è risoluta. Ed il Duranton (t. 16, n. 377) ancora più indulgente ritiene che quando il compratore sia stato messo in mora con l'intima, ha il diritto di offrire il prezzo, dopochè è scaduto il termine della mora, sino a quando la risoluzione della vendita non venga pronunziata dal giudice. Queste senza dubbio sono interpretazioni errate dell'art. 1656, ma i due illustri civilisti vi sono stati indotti dalla completa inefficacia del patto commissorio in base dell'articolo citato, e dalla necessità di dare all'atto di intima *un carattere giuridico*, che inteso come vuole il legislatore, cioè come una dichiarazione di usare del patto commissorio, non ha alcun motivo di essere.

Il nostro codice ha riprodotto i criterii del diritto romano *Committitur regulariter haec lex commissoria per ipsum temporis adiectis lapsum, neque venditoris interpellatione opus est ad id, ut in mora emptor constituatur, cum dies abunde pro homine interpellet* (l. *si fundus* 4. § ult. ff. *h. t. iunct.* l. *magnam.* 12. C. *de cont. et commit. stipul.*, t. III). *Elegisse autem videtur legis commissoriae remissionem, si post diem, lege com-*

missoria comprehensum, pretium vel usuras ejus ab emptore receperit, vel exegerit (l. *de lege* 6 § ult. l. 7. h. ff. t. l. l. *commissoriae* 4. C. *de pactis inter emp. et vend.* Voet, l. XVIII, t. III, n. 2.° Arndts, v. II, p. 249.

89.° Passiamo a trattare della risoluzione della vendita mobiliare. Riannodiamo rapidamente i criterii stabiliti dal diritto romano a quelli consacrati dai due codici.

In diritto romano perfezionata la vendita col consenso sulla cosa e sul prezzo, il venditore era autorizzato ciononpertanto a ritenere la cosa quasi *jure pignoris,* finchè non venisse soddisfatto del prezzo (l. 13 § 8 D. *de act. empt.* l. 22 *de haered. vend.* Pothier, l. 516 n. 5, Cuiacio l. 2 *sine pretio* D. *de comt. emp.*). Ma eseguitane la consegna, la vendita di regola non poteva essere risoluta per mancato pagamento di prezzo, se ciò non fosse stato espressamente stabilito in un patto speciale, cioè la legge commissoria, poichè il principio della condizione risolutiva tacita nei contratti era recisamente escluso. Diguisachè mancando questo patto speciale il venditore non poteva agire, se non per il pagamento del prezzo contro del compratore (l. 8. C. *compt. empt.* 14. C. *de rescind. vend.* Pothier, *Vend.,* 476. Cujacio, l. 4 C. *de oblig. et act.* Donello, Com. t. VIII, pag. 755).

Ciò però accadeva quando il venditore avesse consegnata la cosa coll'intenzione di seguire la fede del compratore pel pagamento del prezzo. Nel caso opposto veniva considerato come tuttora proprietario, finchè questo non fosse eseguito, e gli si concedeva di riprendere la cosa consegnata con l'azione *rei vindicatione* (l. 19 D. *de compt. empt.* § 41. Just. t. *de div. rer. et qual.* l. 6. delle XII tav.). Si considerava che il venditore avesse seguito la fede del compratore, e voluto accordargli una dilazione al pagamento, quando effettuava la consegna pura e semplice con la certezza che il prezzo non si sarebbe immediatamente corrisposto (Glossa sulla legge 19. D. *de comt. empt.*). Per l'azione rivolta ad ottenere il pagamento egli non aveva alcun privilegio sui mobili venduti, assumeva la figura di un creditore chirografario, quando avesse eseguita la consegna senza riserva seguendo la fede del compratore. Conservava un diritto reale di privilegio sulla cosa, sol quando ciò costituisse oggetto di espressa convenzione (l. 1. § 4. D. *de min.* Pothier, t. III, n. 6, l. 22, D. *de haered. vel act. vendit.* l. 13, *act. empt.* l. 31 *de edil. edict.* l. 5 *de trib. act.* Pothier, *Pand.* t. l, p. 410, num. 9).

90.° Il cod. franc. nell'art. 1657 ed il codice italiano nell'art. 1512 stabiliscono egualmente il principio che nella vendita dei mobili la risoluzione si effettua *ipso jure* in vantaggio del compratore spirato il termine della consegna. L'art. 1512 del nostro codice eccettua il caso in cui sia stata concessa al compratore una dilazione pel pagamento. L'art. 1657 del codice di Napoleone non contiene questa eccezione, ma indubbiamente

non la esclude, perchè costituita sulla libera convenzione delle parti.

L'art. 1513 del nostro codice dispone che se la vendita di mobili fu fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può eziandio in mancanza di pagamento revindicare i mobili venduti, purchè si trovino in possesso del compratore, od impedirne la rivendita, purchè la domanda di revindica venga proposta entro i quindici giorni dal rilascio, e le cose si trovino in quello stato medesimo, in cui erano al tempo della consegna. Il codice francese non tratta di questa ipotesi nell'istituto della vendita, ma in quello dei privilegi, art. 2102, n. 4. Le due disposizioni non diversificano che per un inciso. L'art. 2102, n. 4 si esprime così: Il venditore può rivendicare tali beni, finchè si trovino in mano del compratore, *ed* impedirne la rivendita. L'art. 1513 dice: *od* impedirne la rivendita. Però questa diversa espressione usata dal nostro legislatore imprime all'art. 1513 un concetto diverso da quello contenuto nella disposizione del codice francese, e determina dei rapporti giuridici opposti a quelli creati da quest'ultima.

Il codice delle due Sicilie (art. 1971 n. 4), il Parmense (2145) l'Albertino (art. 2157, n. 4) e l'Estense (2137) si attennero al codice francese; i progetti Cassinis e Miglietti egualmente. Il progetto Pisanelli stabilì per il primo la disposizione accolta dal codice vigente.

Le differenze tra l'art. 2102 n. 4 del codice di Napoleone, e l'art. 1513 del nostro sono tre e di grave importanza. Per il primo: *a*) La revindica, che il venditore il quale ha consegnato i mobili ha il diritto di esercitare contro il compratore per mancato pagamento, non è rivolta, se non ad impedire la rivendita dei mobili; *b*) Non proposta nei termini stabiliti dalla legge a pena di decadenza, resta salvo al venditore, quando la cosa sia ancora in possesso del compratore, il diritto di agire per la risoluzione della vendita; *c*) In ogni caso egli conserva il privilegio sulla cosa venduta, e posseduta ancora dal compratore. Pel secondo: *a*) L'azione di revindica è rivolta a far ritornare senz'altro la cosa venduta nel dominio del venditore; *b*) L'impedimento della rivendita costituisce la base di un'azione distinta, ed ha come scopo di conservare al venditore la facoltà di agire pel pagamento con una garentia speciale sui mobili venduti; *c*) Se egli non agisce nel termine di 15 giorni stabiliti dalla legge a pena di decadenza, perde il diritto di domandare la risoluzione del contratto in danno degli altri creditori privilegiati; *d*) Se non esercita nei termini nè l'una nè l'altra azione, non ha alcun privilegio sui mobili venduti, e posseduti tuttora dal compratore, conservando in rapporto agli altri creditori la figura di semplice creditore chirografario.

Mi fermo a svolgere questi tre punti, sui quali i nostri scrittori non sono per nulla di accordo. Nell'art. 2102, n. 4 del codice francese essendo detto che il venditore può rivendicare i beni,

ed impedirne la rivendita, appare chiaro, che la revindica e l'impedimento della rivendita non costituiscono due azioni staccate, bensì un'azione sola, che è quella di revindica rivolta però non a ridare al venditore il dominio della cosa venduta e consegnata, bensì ad impedirne la rivendita in suo vantaggio. Ciò risulta ancora più evidente, quando si noti in quale parte del codice francese è stabilita questa azione di revindica. L'articolo 2102 è scritto nel titolo VIII, che tratta dei privilegi e delle ipoteche. Nel 1.° capoverso del n. 4 è riconosciuto al venditore il privilegio sui beni mobili del compratore; nel 2.° capoverso è soggiunto, che egli può anche revindicarli ed impedirne la rivendita. La revindica dunque non ha altro scopo, se non quello di assicurare al venditore il privilegio, che in base del principio: *in fatto di mobili, il possesso vale come titolo per i terzi di buona fede,* andrebbe perduto in caso di rivendita. D'altronde tutti gli scrittori francesi sono concordi nell'intendere l'azione di cui trattiamo in questo senso speciale.

Nell'art. 1513 del nostro codice è detto: il venditore può revindicare i mobili *od* impedirne la rivendita. Sono dunque due azioni diverse che egli può esercitare. Il Ricci (vol. VII, n. 213) sostiene che l'art. 1513 non contiene alcuna innovazione, ma riproduce integralmente la disposizione consacrata nell'art. 2102, n. 4, 4.° capoverso del codice francese. Il Mazzoni (vol. II, n. 36) ed il Borsari (vol. IV, parte I, art. 1513) riconoscono all'articolo suindicato il suo vero significato; non sono di accordo però sul carattere giuridico dell'azione di revindica. Pel Borsari l'azione di revindica non è conseguenza della risoluzione *ipso jure* della vendita per mancato pagamento di prezzo al termine convenuto per la consegna, bensì costituisce essa medesima l'azione di risoluzione. Il Mazzoni al contrario ritiene che la eseguita consegna della cosa non toglie che la vendita sia risoluta *ipso jure* allo spirare del termine stabilito in forza dell'art. 1512, e che la revindica, di cui parla l'art. 1513, è conseguenza della risoluzione di già avvenuta. Il Ricci non la considera come un'azione di revindica nel suo comune significato giuridico, nè come un'azione di risoluzione. Non le riconosce altro scopo, se non quello di mettere il venditore nella condizione preveduta dall'art. 1469, di non consegnare cioè la cosa, fino a che non gliene venga pagato il prezzo. Questi tre diversi criterii producono le seguenti pratiche differenze. Pel primo, avanzata la domanda di revindica, il compratore non ha la facoltà di arrestarne il corso, offrendo il prezzo, pel secondo e pel terzo egli ha tale facoltà.

Noi accettiamo il criterio sostenuto dal Mazzoni. La revindica concessa dall'art. 1513 non è azione di risoluzione, tanto meno semplice riacquisto di possesso, ma considerata nel suo comune senso giuridico è rivolta a ridare al venditore il dominio della cosa consegnata, dimodochè il compratore non ha il diritto nè prima nè dopo che l'azione fu iniziata di pagare il prezzo per

evitarne, o troncarne il corso. Il Ricci ed il Borsari, a me pare, che non diano all'espressione usata dall'art. 1513 tutta la importanza che merita. Il legislatore parla di *revindica*, e non sappiamo comprendere, perchè si debba dare a questa parola un significato speciale tutt'affatto diverso da quello che ha nel codice. Si dirà che l'art. 2102 del codice francese parla egualmente di revindica, e che ciò non pertanto si è concordi nel ritenere che essa non lasci presumere un diritto di proprietà del venditore sui mobili consegnati, nè quindi sia rivolta a reintegrarlo nel dominio dei medesimi. Ma non è questa una valida ragione. Innanzi tutto il legislatore francese ha usato impropriamente la parola *revindica;* e poi dichiarando che lo scopo dell'azione si è d'impedire la rivendita, lascia chiaramente comprendere che essa ha nell'art. 2102 un carattere giuridico diverso dal comune.

Ma il nostro modo d'interpretazione, prescindendo dalla dicitura del testo di legge, è chiarito e sorretto dalla ragione che determina la risoluzione di diritto nella vendita dei mobili. Perchè il venditore possa esercitare la revindica, deve essere proprietario dei mobili consegnati, deve non averne mai perduto il dominio. Ed è precisamente così. Perchè la vendita dei mobili sia risoluta *ipso jure,* la legge non richiede, se non il concorso di due condizioni; *a*) la scadenza del termine stabilito per la consegna; *b*) il pagamento non eseguito innanzi che il termine spirasse. Questi due requisiti concorrono nell'ipotesi preveduta nell'art. 1513, così come in quella regolata dall'art. 1512. Il Ricci osserva che nel primo si parla di revindica, e non di risoluzione di contratto, come nel secondo. Ma il legislatore tace di quest'ultima, perchè ha giudicato superfluo di ripetere quello che era di già fermato nell'articolo precedente. La risoluzione nell'art. 1513 si presume di già avvenuta, e si concede la revindica al venditore, perchè egli ha perduto il possesso dei mobili.

Quale ragione dunque potrebbe impedire la risoluzione di diritto della vendita? La consegna volontariamente eseguita, prima della scadenza del termine, dicono il Borsari ed il Ricci, e ne fanno l'argomento essenziale del loro modo d'interpretazione. Essi ragionano così. Il venditore quando, prima che spirasse il termine convenuto per la consegna, si è presentato il compratore per ottenerla, senza offrire il pagamento, aveva la facoltà in forza dell'art. 1512, di rifiutarla. Se al contrario volontariamente l'ha eseguita, bisogna ritenere che abbia rinunziato al vantaggio della risoluzione di diritto della vendita concessogli dall'articolo succitato, che anzi abbia voluto, aggiunge il Ricci, accordare una dilazione pel pagamento, oltre il termine stabilito.

Credo sia questa una presunzione infondata. Se il venditore ha consegnato la cosa prima del termine convenuto, lo ha fatto perchè sapeva che non per questo cessava nel compratore l'obbligo di eseguire il pagamento prima che il termine scadesse, l'obbligo imposto dal contratto e dalla legge. È arbitraria la

presunzione che il venditore vi abbia rinunziato, quando al contrario egli in buona fede ha creduto che il compratore non vi sarebbe venuto meno. Ed è possibile che il legislatore abbia voluto punire la buona fede dell'uno, e premiare la mala fede dell'altro? Non è dato parlare di dilazione al pagamento che non si presume, ma bisogna che venga provata. È questo d'altronde un concetto che contraddice alla legge medesima, poichè l'art. 1513 concede al venditore l'azione di revindica, purchè egli non abbia accordato dilazione alcuna al pagamento. Dunque il legislatore ha escluso che questa possa presumersi in base della consegna eseguita, altrimenti il venditore non potrebbe agire, prima che spirasse il termine della presunta dilazione.

Il Ricci soggiunge che se la revindica si considera come una conseguenza della risoluzione di diritto del contratto, non vi sarebbe stato alcun motivo di restringere a 15 giorni il termine utile a proporla. A noi pare concorrano tre gravi ragioni a spiegare e giustificare questa rigida brevità di termini. *a*) Se dopo un certo spazio di tempo il venditore non agisce per rivendicare le cose vendute, si presume che preferisca di ottenere la esecuzione piuttostochè la risoluzione del contratto, e che voglia quindi accordare una dilazione al compratore, perchè possa eseguire il pagamento. *b*) Non bisogna lasciare incerto il dominio delle cose mobili destinate alla pronta circolazione, ed agli usi impellenti della vita materiale ed economica. *c*) Si è voluto garentire gl'interessi dei creditori privilegiati del compratore, i quali sarebbero in continuo pericolo di perdere la garanzia speciale che la legge imprime ai loro crediti, se alla revindicatoria non fosse assegnato un termine, decorso il quale si decada dal diritto di esercitarla.

Riassumendo dunque affermiamo che l'azione di revindica, di cui tratta l'art. 1513 del codice italiano, è la conseguenza della risoluzione di diritto del contratto, per non essersi eseguito il pagamento prima che scadesse il termine convenuto. Essa è rivolta quindi a ridare al venditore immediatamente il pieno dominio dei mobili consegnati, diguisachè il compratore non ha il diritto d'impedirne o di arrestarne l'esercizio, offrendo il prezzo dopo che il termine è spirato.

92.° *b*) Per il nostro codice l'azione concessa per impedire la rivendita dei mobili consegnati e non pagati, è diversa dalla revindicatoria finora esaminata, e rivolta ad ottenere gl'identici vantaggi al venditore che gli procaccia la revindica nel codice francese. Egli potrà preferire alla restituzione dei mobili il pagamento del prezzo. Ma se il compratore li rivendesse, l'azione mancherebbe di ogni garenzia, rimarrebbe una semplice azione personale contro il compratore. La legge quindi concede al venditore di agire, onde impedire la rivendita, richiedendo il sequestro giudiziario dei mobili, e mettendosi nella condizione creatagli dall'art. 1469 di non consegnare cioè la cosa, finchè non gliene sia soddisfatto il prezzo. E se in mancanza di paga-

mento sarà costretto ad agire in via esecutiva, non avrà a temere il concorso sul prezzo dei mobili venduti degli altri creditori chirografarii, o privilegiati.

93.° Deve questa seconda azione proporsi, come è disposto per la revindica, tra i 15 giorni dal rilascio dei mobili a pena di decadenza, ovvero no? La questione naturalmente non sorge nella dottrina francese, nè è posta da quelli tra i nostri civilisti che, come il Ricci, reputano che l'art. 1513 abbia riprodotti integralmente i criterii contenuti nell'art. 2102, n. 4 del codice di Napoleone, che non considera l'impedimento della rivendita dei mobili come un'azione speciale, bensì come lo scopo dell'azione di revindica. Il Mazzoni ed il Borsari la trattano, ma non sono di accordo nel risolverla. Il primo reputa che l'azione rivolta ad impedire la rivendita debba esercitarsi tra i 15 giorni a pena di decadenza. Il Borsari al contrario sostiene che costituendo essa un rimedio assicurativo, possa esercitarsi in qualunque tempo, semprechè il bisogno lo richiegga.

Noi crediamo debba farsi assolutamente una distinzione. Se non vi hanno altri creditori privilegiati, o chirografarii, il termine dei 15 giorni non è applicabile. Il Mazzoni osserva, in contrario, che l'azione rivolta ad impedire la rivendita dei mobili ha l'effetto di togliere al compratore pur sempre proprietario la disponibilità della cosa mobile comprata, è giusto quindi che si disponga un termine brevissimo per il suo esercizio. A noi pare che il compratore, il quale non ha pagato ancora il prezzo, non merita alcun riguardo dalla legge, ed è legittima ogni azione rivolta contro di lui dal creditore. D'altronde ottenuto il sequestro dei mobili, o egli pagherà prontamente, e non gli sarà stata tolta la disponibilità della cosa, se non per breve spazio di tempo, o indugia, ed in tal caso la perderà del tutto, agendo il venditore in via esecutiva sulla cosa medesima. Non vi è quindi alcuna ragione in questo caso che possa giustificare la rigorosa brevità dei termini. Il venditore ha il diritto di agire per impedire la rivendita dei mobili, semprechè lo creda utile ai suoi interessi. Fin qui siamo d'accordo col Borsari.

Ma se vi hanno altri creditori privilegiati, o semplicemente chirografarii, in tal caso il venditore deve proporre l'azione nei 15 giorni a pena di decadenza. Ciò perchè l'azione rivolta ad impedire la rivendita dei mobili crea in suo vantaggio un credito privilegiato eccezionale sui mobili venduti, che ha la forza di paralizzare, e di escludere assolutamente tutti gli altri siano chirografarii, siano privilegiati, se il venditore agisce in seguito sui medesimi. È giusto quindi ne venga limitata l'efficacia ad un breve spazio di tempo nell'interesse degli altri creditori: diversamente si sarebbe costretti a riconoscere una evidente e grave contraddizione del codice. Se l'art. 1513 creasse, lasciando perdurare per lungo tempo, una posizione così incerta e pericolosa pei creditori privilegiati e chirografarii, in vantaggio del venditore, perchè poi si sarebbe negato a costui il privilegio

sui mobili venduti e non pagati? Esso sarebbe destinato ad assicurare sui medesimi il pagamento del prezzo, escludendo la concorrenza di ogni altro credito, ed il medesimo scopo si ottiene coll'esercizio dell'azione concessa dall'art. 1513. Il venditore così verrebbe a godere con maggior larghezza e nessuna opposizione di quella garenzia che la legge gli ha altrove assolutamente negata.

94.° Decaduto il venditore da ambedue le azioni concessegli dall'art. 1513, per non averle proposte nei termini, gli rimane salvo il diritto di agire per la risoluzione della vendita?

Abbiamo tre diversi sistemi di legislazione su questo punto.

1.° Codice francese. Decaduto dall'azione di revindica il venditore ha il diritto di agire in seguito per la risoluzione del contratto, purchè non vi sia la concorrenza di altri creditori privilegiati di grado superiore del suo (Laurent, p. 354, 355).

2.° Legge ipotecaria belga del 16 dicembre 1851 (art. 20, n. 5, cap. 6). La decadenza dell'azione di revindica importa egualmente quella dell'azione in risoluzione, quando concorrono altri creditori privilegiati, o chirografarii che siano.

3.° Codice italiano. Se il venditore non propone nei termini stabiliti dall'art. 1513 l'azione di revindica, perde in ogni caso il diritto di agire per la risoluzione del contratto, anche quando non vi sia il concorso di altri creditori.

Dall'art. 2102, n. 4 del codice francese risulta che la eseguita consegna delle cose mobili, prima che sia scaduto il termine stabilito pel pagamento, impedisce la risoluzione *ipso jure* della vendita. Si presume che il venditore vi abbia rinunziato. L'azione di revindica quindi non è rivolta a ridargli la proprietà dei mobili consegnati, non è azione in risoluzione, ma ha come scopo, impedendo la rivendita dei mobili, di assicurare su di essi il pagamento del prezzo mercè il privilegio. È logico quindi che l'azione in risoluzione rimanga sempre salva, siasi ovvero no esercitata quella di revindica.

Il nostro codice garantisce con maggior energia e prontezza gl'interessi del venditore. La vendita, benchè siasi effettuata la consegna, non cessa di essere risoluta *ipso jure*, quando al termine convenuto non siasi eseguito il pagamento. E l'art. 1513 concede l'azione di revindica al venditore come un mezzo, acciocchè la risoluzione abbia il suo pieno effetto, benchè egli non sia più nel possesso dei mobili. Ma se il venditore non la propone nei termini di rigore che la legge assegna, bisogna presumere che rinunzii al diritto di chiedere la risoluzione della vendita, e che riconoscendo il compratore proprietario dei mobili preferisca di agire per il pagamento del prezzo. Il Mazzoni giudicando che la decadenza dell'azione di revindica lasci salvo il diritto di agire per la risoluzione della vendita, contraddice alla retta interpretazione che egli medesimo dà all'articolo succitato. Il nostro codice dunque è ancora più rigoroso della legge ipotecaria belga, la quale non poteva negare assolutamente

al venditore l'azione in risoluzione, avendo riprodotto in rapporto al carattere dell'azione di rivendica il medesimo criterio sancito dal codice francese.

95.° Decaduto il venditore da ambedue le azioni riconosciutegli dall'art. 1513, quale diritto gli rimane contro il compratore?

Pel codice francese la sua posizione è la seguente. Se i mobili sono stati rivenduti, egli non ha, se non un'azione personale per il pagamento del prezzo contro il compratore. Se sono ancora nel possesso del medesimo, conserva una duplice azione: può agire per la risoluzione della vendita, e per il pagamento del prezzo, escludendo ogni altro creditore chirografario o privilegiato, salvochè quest'ultimo non abbia un grado superiore al suo.

Pel codice italiano, se le cose mobili non sono nel possesso del compratore, il venditore non ha contro di lui, se non un'azione personale pel pagamento del prezzo. Nel caso opposto, se non vi ha il concorso di altri creditori, egli può agire per l'impedimento della rivendita, ed ottenere con privilegio eccezionale sui mobili consegnati il pagamento del prezzo, giammai per la risoluzione del contratto. Se concorrono altri creditori privilegiati o chirografarii, non gli rimane se non un'azione personale contro il debitore.

96.° Vediamo quali effetti produce in rapporto ai terzi la risoluzione della vendita.

Se la vendita è mobiliare è applicabile l'art. 707 che riproduce la disposizione contenuta nell'art. 2279 del cod. franc. Il venditore non ha la facoltà di revindicare i mobili contro il terzo possessore di buona fede. Non è il caso di fermarci a discutere sul modo, come bisogna interpretare questa disposizione di legge e sulle quistioni gravissime cui dà luogo.

Riguardo alla vendita immobiliare i due codici sanciscono criterii recisamente opposti.

L'art. 1511 del codice italiano dispone: « Nella vendita di immobili la condizione risolutiva espressa o tacita che si verifica per l'inadempimento degli obblighi del compratore non pregiudica ai terzi che hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione. È questa una eccezione che il nostro legislatore apporta al principio generale sancito nell'art. 1158.

Il codice francese non ha alcuna disposizione analoga a quella contenuta nel nostro art. 1511. È quindi applicabile per la vendita immobiliare l'art. 1183, in forza del quale il venditore, dichiarata la risoluzione del contratto per mancato pagamento, ha il diritto di revindicare l'immobile acquistato dal terzo precedentemente alla domanda di risoluzione, e, se posseduto tuttora dal compratore, di riprenderlo libero da ogni diritto di servitù e d'ipoteca costituito a vantaggio del terzo.

Si noti però che il sistema del codice di Napoleone riprodotto dal codice delle due Sicilie e dal Parmense, dal codice

Albertino e dall'Estense, che respinsero in ogni caso la condizione per mancato pagamento del prezzo, venne modificato dalla legge successiva sulla trascrizione che sottopose l'esercizio dell'azione di risoluzione a danno dei terzi alla conservazione del privilegio da parte del venditore.

Il nostro codice ha dunque completamente trasformato il sistema della legislazione francese. Noi però in verità non possiamo approvare il nuovo sistema da esso costituito, poichè pare non vi sia alcun motivo giuridico sufficiente a giustificare la gravissima eccezione che l'art. 1511 apporta al principio di diritto comune consacrato nell'art. 1158.

L'art. 1158 dispone che la condizione risolutiva verificandosi rimette le cose nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo. La identica norma è contenuta nell'art. 1183 del codice francese. La condizione risolutiva è sottintesa (art. 1165) in ogni vendita d'immobili. Dichiarata quindi la risoluzione del contratto per mancato pagamento del prezzo, essa ha forza retroattiva, la vendita si ha come giammai esistita, ed il compratore si considera non essere stato mai proprietario dell'immobile, diguisachè non abbia potuto trasmettere nei terzi diritti di proprietà che egli stesso non aveva. Questi dunque, dichiarata la risoluzione della vendita, dovrebbero perdere di conseguenza ogni efficacia. Il legislatore francese infatti così dispone.

97.° Prima però della pubblicazione della nuova legge sulla trascrizione, i diritti dei terzi di buona fede non erano sufficientemente garentiti dal codice francese. L'azione per il pagamento del prezzo e quella di risoluzione erano in rapporto ai terzi perfettamente separate, ed il privilegio del venditore sull'immobile per il prezzo non pagato era stabilito unicamente a garenzia della prima azione. Esso doveva esser reso pubblico per mezzo della iscrizione; diguisachè se il venditore non adempiva a tale formalità, rimaneva nella condizione di semplice creditore chirografario. Però se egli in tal caso perdeva la facoltà di agire contro il terzo possessore dell'immobile per il pagamento del prezzo, ed ottenere, dove questi non istituisse il giudizio di purga, l'espropria, aveva sempre salvo l'esercizio dell'azione risolutiva contro del compratore, ed in pari tempo della revindicatoria contro il terzo, il quale quindi non era in alcun modo garentito dalla necessità della iscrizione del privilegio. La nuova legge sulla trascrizione esige innanzi tutto che si renda pubblico l'atto di vendita, e sottopone alla conservazione del privilegio anche l'efficacia dell'azione risolutiva del venditore in rapporto ai terzi (Laurent, pag. 340 a 353).

Il sistema del codice francese così modificato è perfettissimo. Tutela efficacemente il diritto di proprietà del venditore lasciando che la condizione risolutiva verificandosi produca i suoi pieni effetti, ed in pari tempo garentisce, sottoponendo l'efficacia dell'azione in risoluzione alla iscrizione dell'ipoteca legale, gli

interessi dei terzi di buona fede. Se il venditore, adempiendo a tale formalità, rende pubblica la causa ed il diritto di già costituiti della risoluzione della vendita, il terzo, che acquista ciò non pertanto un diritto di proprietà sulla cosa venduta, non è più in buona fede, vien meno quindi l'unica ragione che potrebbe giustificare una deroga al principio di diritto comune sugli effetti della condizione risolutiva.

98.° A sostegno del nuovo ed opposto sistema creato dal nostro codice si adducono dagli scrittori le seguenti ragioni che brevemente confuteremo.

a) Il diritto di proprietà deve soffrire delle limitazioni, a riguardo degli interessi dei terzi in buona fede (Borsari, *n. 445*, vol. IV, par. 1); *b*) Questi non possono prevedere il fatto che dà luogo alla risoluzione del contratto (Lomonaco, pag. *111*, vol. IV); *c*) Non vale il dire che essi siano messi in guardia dell'iscrizione della ipoteca legale perchè: *a*) Questa può per incuria del compratore sopravvivere al pagamento del prezzo; *b*) Indica che il prezzo non fu ancora pagato, ma non che il compratore mancò, o mancherà all'obbligo del pagamento; *c*) Ammesso pure che i terzi sappiano che ciò sia possibile, il non eseguito pagamento del prezzo non mena irremissibilmente alla risoluzione del contratto; al contrario è a credere che il venditore insista per il pagamento, essendo questa la causa del contratto (Mazzoni, v. e p. cit.); *d*) Sarebbe ingiusto se il terzo dovesse sopportare le conseguenze di un fatto non proprio (Lomonaco, v. c. p. cit.). Tutti questi argomenti in sostanza si riducono ad un solo che è il primo; *e*) L'interesse sociale esige che le contrattazioni siano sicure, e questa sicurezza mancherebbe, se il terzo acquirente fosse esposto a perdere il suo diritto in conseguenza dell'azione di risoluzione, mentre non ha un mezzo sicuro, come accertarsi che il diritto del primo venditore esista al momento in cui contratta (Ricci, n. 74, 210; Mazzoni, *Vend.*, p. 51; *f*) La pronta circolazione dei beni è base della vita economica. Bisogna quindi, anzichè inceppaarla, facilitarne il corso. Adottando il criterio del codice francese, se il venditore avesse la facoltà di rivendicare l'immobile contro il terzo possessore, per mancato pagamento, durante lo spazio di trent'anni, la rivendica del medesimo verrebbe impedita (Borsari, v. c. p. cit.).

99.° Certamente il nostro codice fa della buona fede del terzo la base di tutto un sistema di disposizioni di legge. Essa ha l'efficacia, accompagnata ad un titolo legittimo di acquisto, di respingere l'azione di revindica avanzata da chi è proprietario in base di un titolo precedente. Ma la disposizione contenuta nell'art. 1511 non solo non è conforme a questo sistema, del quale si pretende faccia parte, ma apertamente lo viola. La buona fede presuppone una completa ignoranza del diritto altrui, ed il sistema della pubblicità è stabilito dal nostro codice, appunto per dare conoscenza nella forma legale ai terzi di ogni

atto traslativo di proprietà, o costitutivo di diritti reali. Trascritto il contratto di vendita, iscritta l'ipoteca legale per non eseguito pagamento del prezzo, la buona fede del terzo che acquista dal compratore un diritto reale sulla cosa venduta è giuridicamente esclusa, poichè egli sa che il prezzo non fu pagato, sa che in caso di mancato pagamento il venditore ha dalla legge il diritto di agire in risoluzione, conosce quindi che questi ha sulla cosa un diritto di proprietà, benchè condizionale precedente al suo.

Nè vale opporre che l'iscrizione dell'ipoteca legale non è un indizio sicuro che il compratore verrà meno all'obbligo del pagamento, e che l'azione risolutiva è ipotetica, potendo il venditore rinunziarvi, e che il terzo deve avere una notizia certa e determinata dei diritti altrui prevalenti sui proprii. È strano come un vantaggio che la legge concede al venditore possa poi riuscire a suo detrimento. È la legge che gli riconosce il diritto di poter agire in caso di mancato pagamento per l'adempimento, ovvero per la risoluzione del contratto. Egli potrà preferire la prima via alla seconda, o viceversa. Di fronte alla possibilità che agisca per il pagamento del prezzo, vi è quella che domandi la risoluzione del contratto, e non sappiamo vedere perchè la prima debba costituire un vantaggio per il terzo, senza che la seconda eserciti alcuna influenza contraria laddove così l'una come l'altra sono una conseguenza della posizione creata dalla legge in vantaggio del venditore, e che il terzo ha l'obbligo di conoscere. Oltrechè non vi ha più la possibilità, ma la certezza che il venditore, se preferisca di agire pel pagamento e non possa ottenerlo, domanderà la risoluzione del contratto.

A noi pare adunque, che tra gli articoli 1158 e 1165 e l'articolo 1511 vi sia una contraddizione brusca, ed ingiustificabile. I nostri scrittori medesimi, pur cercando di giustificare il nuovo sistema del nostro codice, riconoscono che esso apporta una delle più gravi restrizioni al corso ordinario del diritto.

Si consideri praticamente la condizione creata dall'art. 1511 al venditore, e si sarà maggiormente convinti dell'ingiusta disposizione in esso contenuta. Egli, stipulato il contratto, effettua la consegna dell'immobile, il compratore non ha pronto il prezzo ed il venditore, per non creare ostacoli all'esecuzione del contratto, gli concede una dilazione espressa o tacita. Non si può affermare che egli venga così ad abbandonare volontariamente il suo diritto, e che debba quindi risentire le conseguenze del fatto proprio. È vero che la legge gli riconosce la facoltà di non consegnare la cosa se il compratore non ne paghi il prezzo (art. 1469), ma la legge medesima, quando si agisce per la risoluzione della vendita, riconosce al magistrato il diritto di accordare una dilazione al compratore perchè possa eseguire il pagamento, ed evitare la risoluzione del contratto. Dimodochè il venditore non ha fatto se non che favorire ed eseguire volontariamente il concetto del legislatore. Frattanto se la dila-

zione è accordata dal magistrato, dopo che la domanda di risoluzione è avanzata e trascritta, il diritto di proprietà del venditore sull'immobile, effetto della risoluzione, è salvo di fronte ai terzi in caso di mancato pagamento. Se la dilazione l'accorda egli stesso prima che si decida ad agire per la risoluzione del contratto, il suo diritto è perduto o limitato in rapporto dei terzi. Non è questa una contraddizione ed un'ingiustizia della legge? Il venditore concede tacitamente al compratore una dilazione al pagamento di non più di dieci giorni; se questi dopo due giorni dalla stipulazione del contratto rivende il fondo, il terzo ne diviene legittimo proprietario, spogliando il venditore in caso di mancato pagamento del diritto di agire in risoluzione perchè ha acquistato in buona fede. Ma, domandiamo, dov'è mai questa buona fede del terzo, che possa legittimare la deroga gravissima apportata dall'art. 1511 al principio generale consacrato nell'art. 1138?

Mi permetto di giudicare il sistema del nostro codice ingiusto e pernicioso agli interessi pubblici e privati. Ed i suoi difetti si accentuano maggiormente quando si noti che l'articolo 1511 non cessa di essere applicabile, anche quando la dilazione accordata risulti da un patto espressamente *stipulato*. La buona fede del venditore è tradita dalla legge medesima, i contratti di compravendita non sono facilitati, perchè ogni venditore considerando il pericolo che gli crea l'art. 1511 esigerà il pagamento del prezzo contemporaneamente alla consegna della cosa. È favorita la frequenza degli atti fraudolenti, destinati forse a rimanere nascosti, ad essere anzi legittimati dalla disposizione contenuta nell'articolo suindicato.

Dimostrata la mancanza di buona fede nel terzo, che acquista diritti sull'immobile dal compratore, che non ancora ne ha soddisfatto il prezzo, quando il venditore abbia eseguito l'iscrizione dell'ipoteca, gli altri argomenti avanzati a sostegno dell'articolo 1511 cadono di conseguenza. È vero che l'interesse sociale esige la pronta e facile circolazione dei beni, ed in pari tempo la sicurezza e la stabilità delle contrattazioni che la regolano, ma non certo di quelle che con piena scienza dei contraenti vengono a violare un diritto altrui precedente sull'oggetto della stipulazione, riconosciuto espressamente dalla legge. In tal caso l'interesse sociale esige, al contrario, che siano simili convenzioni considerate come perfettamente inefficaci in rapporto al medesimo.

100.° L'art. 1511 sarebbe possibilmente accettabile, dove disponesse che il verificarsi della condizione risolutiva espressa o tacita nella vendita immobiliare non pregiudichi i diritti acquistati dai terzi sull'immobile anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione, dopochè sia decorso uno spazio di tempo considerevole, sia di cinque anni dalla trascrizione dell'atto di vendita. Se il venditore, iscritta l'ipoteca legale, lascia decorrere questo spazio di tempo, senza che adisca il ma-

gistrato per costringere il compratore al pagamento, o per domandare la risoluzione della vendita, il terzo ha ragione di credere o che egli sia stato di già soddisfatto del prezzo, rimanendo in vita l'ipoteca per negligenza del compratore, o che il pagamento si esegua d'accordo a rate, o che il venditore rinunzi ad agire in risoluzione, preferendo di ottenere il pagamento del prezzo garentito per lo spazio di trent'anni dall'ipoteca legale. Solo un decorso di tempo considerevole dalla trascrizione della vendita sarebbe atto a determinare delle gravi presunzioni, che il venditore non possa o non voglia agire in risoluzione, sulle quali verrebbe giustamente a costituirsi la buona fede del terzo. Essa, accoppiata alla necessità della facile circolazione dei beni e della sicurezza delle contrattazioni, principii ai quali in tal caso si potrebbe giustamente ricorrere, varrebbe a giustificare il disposto dell'art. 1511.

101.° La risoluzione della vendita immobiliare ha luogo ancora in vantaggio del venditore per causa di lesione nel prezzo.

Mi astengo dall'esporre le opposizioni che doverono superare i legislatori francesi, come i nostri, perchè fosse consacrata nel codice questa dottrina tramandataci dal diritto romano, combattuta da una schiera di dottori tedeschi, esclusa da leggi e da decreti precedenti alla formazione del codice di Napoleone, oppugnata da non pochi dei compilatori del codice francese e del nostro. Mi astengo egualmente dal discutere e dal decidere se essa sia costituita su sani criterii di diritto, e se sia conforme all'indole giuridica della vendita ed alle pratiche esigenze sociali ed economiche. Lo scopo di questo mio lavoro è ristretto ad esaminare esclusivamente quei rapporti giuridici determinati dal contratto di vendita, regolati in modo diverso dai due codici.

Essi dunque hanno accolto egualmente la dottrina della rescissione della vendita per causa di lesione nel prezzo, e sanciscono i medesimi criterii generali sulla natura dell'azione di rescissione, sul termine entro il quale bisogna esercitarla, sul modo come bisogna provare la lesione, sulle conseguenze che essa produce in rapporto al venditore ed al compratore.

Ci fermeremo solamente su di alcune disposizioni del nostro codice, che apportano delle modifiche alle disposizioni analoghe del codice francese,

102.° L'art. 1674 del codice francese esige che la lesione nel giusto prezzo, perchè si possa domandare la rescissione della vendita, sia di oltre i sette dodicesimi. L'art. 1529 del codice italiano meno rigido dispone che la lesione debba essere di oltre la metà, ritornando in vita il criterio sancito dal diritto romano.

Per comprendere la ragione per cui questo venne modificato dal legislatore francese siamo costretti, venendo meno per poco alla dichiarazione fatta innanzi, di accennare rapidamente e dal solo punto di vista storico alle difficoltà che egli dovette su-

perare, perchè fosse accolta nel codice la dottrina della rescissione per causa di lesione nel prezzo.

Nel primo periodo del diritto romano era concessa al compratore l'*actio ex vendito* contro il venditore, che con raggiri lo avesse ingannato sulla conoscenza del valore della cosa, per comprare ad un prezzo inferiore (l. I, p. I, ff. *de or. jur.*). Ma la teoria della rescissione per causa di lesione non ancora erasi costituita; valeva il principio: *In pretio emptionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumveniri* (l. 16, § 4, ff. *de minoribus*). Diocleziano e Massimiano la consacrarono in due rescritti, che formarono poi le leggi 2 e 8 del titolo *De rescind. vend.* del codice giustinianeo. Il codice teodosiano (l. I, *de contr. empt.*) la soppresse; Giustiniano la rimise definitivamente in vigore. Il diritto canonico (*decretales* capp. 3-6, *de emp. et vend.*), i teologi, la giurisprudenza francese l'accolsero. Ma una corrente contraria vigorosissima originata dalle consuetudini germaniche, che in gran parte l'avevano esclusa (discorso di Berlier, Locré, vol. VII, p. 61), venne maggiormente animata da una dissertazione del Thomasius (*de aequitate cerebrina*, l. 2, C. *de resc. vend.*), e seguita decisamente dal movimento legislativo della rivoluzione francese. Un decreto del 14 fruttidoro, n. 3 abolì l'azione di rescissione, e le leggi susseguenti del 3 germinaio, anno 5, del 19 floreale, anno 6, del 2 pratile, anno 7, sancirono il medesimo divieto.

103.° Se si guardano i lavori preparatorii del cod. Napoleone, si nota come la lotta si accentuò nel seno del Consiglio di Stato. Berlier, Regnaud, Real, Defermon, Beranger sostennero energicamente le idee del Thomasius. Portalis, Muraire, Cambacères, Tronchet, ed il console propugnarono la necessità d'inserire nel codice l'azione di rescissione per causa di lesione. Però di fronte ad un'opposizione così seria e tanto vigorosa, sentirono il bisogno, per paralizzarla disarmandola dei suoi argomenti, e per rendere meglio accettabile l'azione suddetta, di elevare ancora la misura della lesione stabilita dal diritto romano. Il Berlier, appoggiato dal Beranger in Consiglio di Stato, proponeva, dove la si volesse inserire nel codice, una serie di articoli che ne avrebbero reso difficilissimo l'esercizio, elevando la lesione nel giusto prezzo della metà, come era stabilito nel diritto romano, a due terzi. Ed il Consiglio accolse in parte la sua proposta, fissando la lesione a sette dodicesimi. Il diritto romano esigeva una lesione grave; il codice francese vuole una *lesione enorme*. È questa l'espressione usata dal Portalis e da Faure (Locré, IX, n. 29). Ed i verbali del Consiglio di Stato si chiudono con la dichiarazione, che il Consiglio ritiene come principio, che s'accordi la rescissione della vendita per *lesione enorme*.

Questo è l'unico motivo per cui nell'art. 1674 del codice francese troviamo elevato a sette dodicesimi il grado della lesione stabilito dal diritto romano alla metà del giusto prezzo.

Ogni ragione d'indole giuridica è inesatta. Il Tronchet infatti (Locré, vol. VII, c. IV, 2-7) in Consiglio di Stato spiegava il criterio del codice dichiarando che si darebbe una rogola troppo incerta, limitando alla metà la lesione nel prezzo, dimodochè una minima differenza farebbe traboccare la bilancia. Riconosciamo la verità di questo inconveniente, ma esso è inevitabile qualunque grado di lesione si voglia stabilire. Il Tronchet infatti non ci dimostra come venga allontanato dal grado fissato nell'art. 1674.

Il nostro legislatore, benchè illustri giureconsulti come il Mancini ed il Precerutti sostenessero di bel nuovo le idee di Thomasius e di Berlier, trovava di già innanzi a sè le tradizioni nostre del diritto romano e del diritto canonico, tutti i codici precedenti, che avevano accolto sull'esempio della legislazione francese l'azione di rescissione per lesione nel prezzo. Diguisachè conservandola ebbe l'agio di ridurre la lesione alla metà, ritornando in vita il criterio determinato dalla legge 2.ª C. *de rescin. vend.* più giusto e ragionevole di quello stabilito dall'art. 1674 del cod. franc. troppo enorme, tanto da rendere difficile l'esercizio dell'azione, come riconosceva lo stesso Berlier, e da lasciar sussistere contratti evidentemente immorali contenenti in sè stessi la prova del vizio nel consenso di una delle parti.

104.° Intorno alla procedura da seguire per decidere se vi sia ovver no lesione, i due codici diversificano sui due seguenti punti.

1.° Il nostro non ha riprodotto le disposizioni contenute negli articoli 1678, 1679, 1680 del codice francese, perchè esse costituiscono delle norme generali di procedura consacrate negli articoli 253, 642 del cod. di proc. civ. Però l'art. 253 stabilisce una regola intorno alla nomina dei periti diversa da quella formata dai tre articoli suaccennati del codice francese. Il primo dei quali dispone: « La perizia è fatta da uno, o da tre periti, secondo che sia stabilito dalle parti, ovvero ordinato dall'autorità giudiziaria ». Nel secondo è detto: « La prova della lesione non potrà farsi che con una relazione di tre periti ». E nel terzo: « I tre periti saranno nominati *ex ufficio*, purchè le parti non siano d'accordo col nominarli tutti e tre unitamente ».

Quindi pel codice francese le parti possono certamente nominare di accordo un sol perito, contenendo l'art. 1678 una garanzia che non concerne l'ordine pubblico, ma i litiganti, i quali hanno quindi la facoltà di rinunziarvi (Duvergier, I, 251; Duranton, XVI, n. 450). Però nel disaccordo delle parti il magistrato non ha la facoltà di nominare un sol perito; deve per comando di legge delegarne tre. La giurisprudenza francese in gran parte proclama legge generale la delegazione di tre periti. Vi sono delle decisioni che dichiarano legittima, in certe circostanze, la nomina di un solo, ma ciò quando il numero di tre non sia imposto da una disposizione speciale di legge, come è quella contenuta nell'art. 1674. Per il nostro codice in base

dell'art. 253 cod. proc. civ. il giudice è autorizzato nel disaccordo delle parti a nominare tre periti o un solo, come meglio crede, nell'interesse della giustizia.

2.° Il 2.° cap. dell'art. 1533 del codice italiano manca nel francese. Esso dispone: «La prova testimoniale non può essere ammessa, se non per stabilire circostanze di fatto, che la perizia non ha potuto definire». Pel codice francese essa è assolutamente esclusa. Infatti dal modo come sono formulati gli articoli 1677 e 1678 risulta che non può essere fatta se non mediante perizia non la prova del solo valore dell'immobile, come dispone l'art. 1533 del codice italiano, ma quella della lesione, per decidere sulla quale quindi non è dato ricorrere alla prova testimoniale. E che questo sia il concetto del legislatore francese risulta dal discorso del Portalis al Tribunato (Locré, vol. VII, c. VIII, n. 40). Egli nel difendere il progetto metteva in evidenza tutti gli inconvenienti della prova orale, evitati dalla perizia imposta come unico mezzo di prova per stabilire la esistenza o meno della lesione. D'altronde nessuno degli scrittori francesi interpreta diversamente gli articoli succitati.

105.° Il codice francese dunque circonda nello svolgimento dell'azione il diritto del compratore di garenzie speciali e rigorose, che costituiscono una deroga alle norme di diritto comune, rivolte a rendere sempre più difficile la recissione della vendita. Esse, come ho notato più innanzi, non sono sorrette da alcuna speciale ragione giuridica, ma furono stabilite per respingere le fortissime opposizioni della dottrina del Thomasius, e facilitare l'inserzione nel codice dell'azione di rescissione. Nelle discussioni, che si svolsero nel Consiglio di Stato, si ammira, come nota il Troplong, vastità di dottrina e di sapienza giuridica, ma si deplora in pari tempo una esagerazione ed una asprezza di criteri alla quale non sfuggì alcuno degli oratori, prodotta dalla lotta vivacissima delle due dottrine opposte.

Il nostro legislatore, nel disporre sulla procedura dell'azione di rescissione della vendita per lesione nel prezzo, è ritornato ai principii di diritto comune, conservando quelle giuste norme e ragionevoli, che valgono in ogni procedimento a garantire gl'interessi delle parti. Il valore della cosa venduta potrà essere tenuissimo, la condizione economica di alcuno dei litiganti miserabile: ed in tal caso non è giusto, che si evitino spese gravi e forse insopportabili, riconoscendo al giudice la facoltà di nominare un sol perito invece di tre, come è riconosciuta alle parti medesime. E se la nomina di un sol perito da parte dell'autorità giudiziaria si è giudicata sufficiente dal legislatore a garentire gl'interessi dei litiganti nello svolgimento di ogni altra azione; non sappiamo comprendere, perchè per quella di rescissione per lesione nel prezzo essi non possano essere abbastanza tutelati, che dalla delegazione di tre periti.

Non vi è egualmente ragione alcuna, che possa giustificare la esclusione della prova testimoniale, quando essa sia desti-

nata esclusivamente ad assodare delle circostanze di fatto, che la perizia non ha potuto definire. Il legislatore francese escludendola, ha creduto forse di rendere più sicura e perfetta la prova della lesione, ma a me pare che egli abbia raggiunto così lo scopo contrario. Quelle circostanze di fatto potranno essere assolutamente indispensabili, perchè il perito possa decidere con criterio sicuro, ed imparziale. Se si divieta di chiarirle, è a temere, che il suo avviso sia incerto e anche fosse ingiusto. D'altronde quale inconveniente può arrecare la prova testimoniale, quando la sua efficacia è limitata esclusivamente a determinare circostanze di fatto, e non si estende al valore dell'immobile, che non può essere definito, se non dalla sola perizia?

106.° Così per il codice italiano, come per il francese, il compratore, nel caso che venga accolta l'azione di rescissione, ha la scelta o di restituire la cosa, o di ritenerla. Però in questa seconda ipotesi l'art. 1534 del codice italiano riproducendo esattameute i criteri stabiliti nella legge *de rescind. vend.* esige, che il compratore paghi il supplemento al giusto prezzo. L'art. 1681 del codice francese gl'impone il medesimo obbligo, ma gli concede il vantaggio di dedurre un decimo dal prezzo totale.

Questa seconda disposizione contraddice nel suo concetto giuridico alle norme generali stabilite sulla natura dell'azione di rescissione.

Secondo il Laurent, essa verrebbe giustificata dalla necessità di tener conto del legittimo vantaggio pecuniario, che ogni compratore è autorizzato a trarre dal contratto, e senza del quale non comprerebbe. Il medesimo argomento adducevano in Consiglio di Stato il Beranger ed il primo console (Locré v. VII). Esso però mette maggiormente in evidenza la contraddizione da me qui innanzi accennata.

Nell'art. 1674 (1529 codice italiano) è stabilito, che basti che il venditore sia stato leso oltre i sette dodicesimi nel giusto prezzo dell'immobile, perchè possa ottenere la rescissione della vendita. Dunque è il giusto prezzo, che il legislatore pone come unico criterio destinato a determinare la lesione, prescindendo assolutamente dal prezzo convenzionale. Nell'art. 1681 questo criterio è smentito, riconoscendosi piena efficacia giuridica al vantaggio pecuniario, che il compratore trae dalla vendita, ed elevandolo a principio generale di diritto. Ad ogni modo tal vantaggio pecuniario accolto come principio giuridico costante e generale, bisognava tener conto nello stabilire il grado della lesione, e non dopochè questo è di già determinato. Altrimenti la rescissione della vendita appare ingiusta ed irragionevole nei casi in cui risulti dalla perizia, che la lesione supera i sette dodicesimi, ma non raggiunga al grado calcolando il decimo del prezzo totale, che rappresenta il legittimo vantaggio, che il venditore trae dalla vendita. E bisognava logicamente tenerne conto

non nel solo caso che il venditore preferisca di ritenere l'immobile, ma anche nel caso che voglia restituirlo. Però in questa seconda ipotesi esso è escluso; il venditore rilascia l'immobile, e non ha diritto se non a riavere il prezzo sborsato al tempo della vendita.

Prescindendo da così gravi contraddizioni, che crea la disposizione dell'art. 1681 nel sistema, che regola lo svolgimento dell'azione di rescissione per causa di lesione, essa considerata isolatamente neppur è accettabile. Conveniamo, che chi compra abbia per lo più la intenzione di trarre un vantaggio pecuniario dalla vendita, che ciò si effettui spesso, e nulla vi sia di illegittimo. La legge certamente rispetta una convenzione cosiffatta determinata dalla libera volontà dei contraenti. Ma dovendosi fermare una regola generale, che determini l'utile scambievole delle parti in un contratto commutativo, quale è quello di vendita, è logico la si faccia consistere nella perfetta eguaglianza di utili così per il compratore, come per il venditore. Il codice francese la consacra nell'art. 1674, la distrugge nell'art. 1681. Il nostro codice dopo averla stabilita nell'art. 1529, la conferma, riproducendo l'art. 1681 colla soppressione però dell'ultimo inciso. Il Bigot-Préameneau in Consiglio di Stato giustamente osservava a tal proposito, che quando la legge interviene per tenere la bilancia tra le parti, non può permettere che l'una abbia un qualsiasi vantaggio sull'altra (Locré, VII, verbali).

Nè troviamo logico quanto diceva il Portalis (Locré, vol. VII, c. VIII, n. 42) per giustificare il criterio escluso dal nostro codice, che cioè la valutazione dei periti non essendo suscettiva di una precisione matematica, non si può adottarla con un rigore, che supporrebbe tale precisione. La determinazione esatta del giusto prezzo è elemento indispensabile all'azione di rescissione. Se si ammettesse come regola, che essa non è ottenibile per mezzo della perizia, bisognerebbe riconoscere la serietà degli inconvenienti esposti dal Thomasius e dal Berlier, giudicarli inevitabili e deplorare, anzichè approvare la inserzione nel codice dell'azione suddetta. Il motivo del Portalis è estraneo al concetto della legge.

Crediamo, che il vero motivo sia quello esposto in Consiglio di Stato dal Treilhard (VII, c. VI, n. 10, Locré), e riprodotto poi dal Duvergier (1-116). Il Treilhard francamente dichiarava di approvare la seconda parte della disposizione contenuta nell'art. 1681, perchè: *Bisogna ammettere tutto ciò, che può indebolire l'azione per rescissione*. Ed è questo il criterio, che ha determinato nel codice di Napoleone tutte le disposizioni speciali da noi esaminate, e soppresse dal nostro legislatore.

107.° Intorno agli effetti, che produce l'azione di rescissione in rapporto ai terzi, i due codici stabiliscono criterii radicalmente opposti.

Per il codice francese, come risulta dal secondo capoverso

dell'art. 1681, il venditore può, dichiarata la rescissione della vendita, rivolgersi contro il terzo possessore dell'immobile, il quale ha, come il compratore, la scelta o di restituirlo, o di ritenerlo agendo in seguito contro del suo dante causa per la restituzione del prezzo nel primo caso, per il rimborso di quanto ha pagato per supplemento al giusto prezzo nel secondo, salvo il risarcimento dei danni così nell'uno come nell'altro.

Il nostro codice non ha una disposizione speciale, che regoli gli effetti dell'azione di rescissione per causa di lesione in rapporto ai terzi. Bisogna quindi applicare la norma di ordine generale stabilita nel secondo capoverso dell'art. 1308, in cui è disposto che l'azione di rescissione non produce effetto in danno dei terzi, i quali hanno acquistato dritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione.

Esaminando la disposizione contenuta nell'art. 1511, non abbiamo approvato il nuovo sistema da esso stabilito sugli effetti della condizione risolutiva nella vendita immobiliare in rapporto ai terzi, opposto a quello del codice francese. Troviamo perfettamente giusto però quanto dispone il nostro codice sugli effetti in rapporto ai medesimi della rescissione della vendita per causa di lesione.

L'azione di risoluzione per mancato pagamento e l'azione di rescissione per lesione sono costituite su di una base giuridica perfettamente opposta. Così il legislatore francese, come il nostro inesattamente, a me pare, imprimono ad amendue gl'identici effetti in rapporto ai terzi. La prima trae origine da un contratto di vendita sottoposto a condizione risolutiva. La causa della risoluzione è insita ed espressa nel contratto medesimo, resa pubblica, messa a conoscenza del terzo, prima che venga trascritta la domanda di risoluzione. Se quindi il terzo acquista dritti sull'immobile, non può venire considerato come acquirente di buona fede. E non vi ha ragione alcuna, perchè la condizione risolutiva verificandosi non debba produrre a suo riguardo gli effetti, che la legge gli imprime. La seconda è rivolta ad ottenere l'annullamento di un contratto di vendita puro e semplice per presunto vizio di consenso. La causa della nullità destinata a manifestarsi mercè la trascrizione della domanda di rescissione, prima che questa venga eseguita, è completamente ignorata dal terzo. Se egli frattanto acquista dei diritti sull'immobile, è acquirente di perfetta buona fede, poichè suppone valido ed irrescindibile il titolo del suo autore. È giusto quindi, che i suoi dritti non siano pregiudicati dalla rescissione della vendita.

La Corte di appello di Casale (24 aprile 1882) decise, che annullata per lesione la vendita di un immobile, il secondo compratore non possa invocare a suo vantaggio l'art. 1308 per sostenere la validità del suo atto di acquisto, poichè egli non è terzo in rapporto al secondo venditore, ma avente causa.

È questa una strana decisione, che renderebbe completamente

inapplicabile l'art. 1308, poichè chiunque precedentemente all trascrizione della domanda di rescissione acquista dritti sugl'im mobili, assume figura di avente causa dal compratore. Non sap piamo comprendere, come mai la Corte non abbia visto, che i legislatore considera il terzo nell'art. 1308 similmente che negl art. 1511, 1080, 1088, ecc., come colui, che è perfettamente estraneo al rapporto giuridico costituito, ed indi annullato.

V. MASUCCI